جامعة نجم الدين أربكان

معهد العلوم الاجتماعية

المجتبى

شرح مختصر القدوري

للإمام أبو الرجا نجم الدين مختار بن محمود بن محمد الزاهدي الغزميني (٦٥٨هـ)

(دراسة وتحقيق)

رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب

مصطفى قراجه

إشراف

أ.د. أورخان جكر

٢٠١٥م - ١٤٣٦هـ

المجلد الثاني

المعاملات

فهرست الكتاب



٦ كتاب البيوع



اعلم[1] أن بقاء التكليف بوظائف الإيمان يتوقف على القدرة عليها والإمكان. وقد اقتضت الحكمية الإلهية بتوقيف[2] بقائها في حقّ البشر على الاعتداء بما يتولد من ازدواج الأرض والسماء فكان كسب الغذاء[3] والكسوة من جملة الواجبات لكونه شرطاً لبقاء القدرة على المفروض من العبادات.

دلّ[4] عليه قول النبي ﷺ « **الفريضةُ بعد الفريضةِ الكسبُ بعد المكتوبةِ** »[5] وأغلب الاكتساب بالمعاوضات[1] وأغلب المعاوضات البياعات. فلهذا عقّب العبادات بالبياعات. والأصل في جواز البيع الكتاب والسُنة والإجماع.

---

1 ... مقصده. الجوهرة النيرة ١٩٦/٢.

٢ أ، ف، ق : توقيف

٣ الغذاء ما يغتذى به من الطعام والشراب يقال غذوت الصبي باللبن. الجوهري الصحاح

السرخسي المبسوط ٢٤٥/٣٠؛ إسماعيل حقي تفسير روح البيان ٤٢٣/٩ بلفظ "طلب الكسب بعد الصلاة هو الفريضة بعد الفريضة"

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **وأحل الله البيع** ﴾[2] وقوله تعالى[3] ﴿ **لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾[4] وأما السُنة فقوله ﷺ « **كل متبايعين فلا بيع بينهما حتى يفترقا** »[5] وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون فأقرّهم على ذلك. وأما الإجماع فظاهر إذا عرفنا هذا.[6]

---

[1] أنواع المبادلات أو أنواع العقود إلى أربعة أقسام القسم

الهبة الصدقة

والكفالة. القسم

والإباحة. فقه

التجارة وبمثله قد ورد الأثر عن النبي صلىالله عليه وسلم في قوله لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه. الجصاص أحكام القرآن ١/٣٧٢.

[4] النساء ٤/٢٩

[5] الدارقطني السنن ٣/٥٠؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٥/٢٧١؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

الملك. تبيين الحقائق ٤/٢.



٦.١ باب في بيان المسائل المتعلّقة بعقد البيع

قال[١] المصنف: **البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي.**

لأن البيع مبادلة مال بمال. والحق ثابت لكل واحد منهما في بدله. فلا يزول إلا بما هو علم على التمليك والرضا من جهته. وهو الإيجاب والقبول كسائر العقود. وإنما كان بلفظ الماضي. لأنه الموضوع للإثبات دون الأمر والمستقبل والاستفهام. **شق**[٢] ولا ينعقد بالمستقبلين أو بمستقبل وماض كقوله يعني فيقول البائع "أبيعك أو بعتك." وقال الشافعي ينعقد كالنكاح. ولنا أن المستقبل عدة أو توكيل فلا يكون شطر العقد كالاستفهام. وأما النكاح فالفرق بينهما من ثلاثة أوجه. أحدها أن مجلس العقد في النكاح يكون بعد تأمّلٍ طويلٍ ومشورةٍ كثيرةٍ. فأي لفظ وجد يكون قبولاً بخلاف البيع. لأنه يقع بَغتةً.[٣] وثانيها أن يرد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالأولياء ورد البيع ليس بشين.[٤] وثالثها [١٤٧/أ] أن المأمور في النكاح يصير وكيلاً من الخاطب ولياً أو أصيلاً من جانبه والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح دون البيع لما عرف. **شق**[٥] ولأن النكاح لا يحضره المساومة عادة. وألفاظه كلها إيجاب بخلاف البيع.

ثم اعلم أن إنعقاد البيع كما يكون بالألفاظ يكون بالتعاطي وما يكون بالألفاظ فقد يقبل[٦] المشتري ما يوجب البائع أو غيره. فلا بد من معرفة ثلاثة فصول. أحدها الألفاظ التي ينعقد بها العقد. الثاني في التعاطي. الثالث في اختلاف الإيجاب والقبول. أما الأول كالبيع لا ينعقد إلا بلفظين يُنْبِئَان عن التمليك

---

١ أ : - قال

٢ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٣ بغته أي فاجأه ولقيه بغتة أي فجأة و المباغتة المفاجأة. الجوهري الصحاح

٤ [illegible]

٥ [illegible] : شرح الأقطع شرح القدوري

٦ ف : تقبل

والتملك بصيغة الماضي أو الحال كقوله بعت أو أبيع وقول الآخر اشتريت أو قبلت أو أخذت دون الأمر والمستقبل. **قد**[1] البيع ينعقد بلفظ البيع وما قام مقامه كقوله خذ وأعطيتك ورضيت. لأن العبرة لمعاني العقود دون ألفاظها. **جن**[2] **م**[3] أبعتني عبدك بألف باستفهام فقال نعم فقال أخذته. فهذا بيع لازم. وقوله[4] أبيعك كقوله بعت. **تح**[5] أبيع منك هذا أو أبذله له أو أعطيكه فقال اشتريت بذلك أو أخذه ونويا الإيجاب للحال ينعقد البيع.

قلت فثبت بهذا أن البيع ينعقد بصيغة الحال وبالأمر أيضاً عند البعض وبكل لفظ يدل على الإيجاب والقبول. **جن**[6] بعته منك بألف فقال المشتري فعلت صحّ. والأصحّ هو الصحّة في نعم. **قخ**[7] اشتريته منك بألف فقال فعلت أو نعم أو هات الثمن صحّ البيع. ولو قال هذا عليك بألف فقال فعلت فبيع. **ن**[8] لو أضاف البيع إلى ما لو أضاف إليه العتق. **صح**[9] يصحّ البيع كالوجه والرأس والفرج.[10] **جش**[11] **بق**[12] اشتريت منك بكذا فتصدق به على هؤلاء[13] أو قطعه لي قميصاً ففعل في المجلس صح. وإلا فلا. وكذا الإقالة. **شط**[14] عن السرخسي قال ابن جارية را أزمن خريدني بجندين فقال خريدم ولم يقل هو فروختم صح.[15] لأن معناه خريد بي كه من فروختم. **ط**[16] سماع المتعاقدين للإيجاب والقبول شرط الانعقاد. ولو سمع أهل المجلس وقال البائع لم أسمعه وليس[17] به وقد سمعه لم يصدق.[18] **وح**[1] **ث**[2] خذ هذا العبد بعشرة فقال

---

[1] قد : شرح قدوري كبير
[2] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[4] ق : وفي قوله
[5] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي
[6] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[7] قخ : قاضي خان
[8] ن : النوازل
[9] صح : صلاة محسن
[10] وبكل عضو يعبر به عن البدن. الاختيار ٢٥/١.
[11] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[12] بق : بقالي
[13] ف : هذا
[14] شط : شرح الطحاوي

بينهما. المحيط

حكمه. فتح القدير ٦/٢٤٨.

أخذت أو كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فأكل تم البيع وأكله حلال. **م**[3] الأكل والركوب واللبس والقبض بعد قول البائع بعت رضا بالبيع. قال وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فبيع بالإجماع. **برهان**[4] إن أديت إلى ثمنه فقد بعته منك فأداه[5] في المجلس صحّ استحساناً. **م**[6] قال هو لك بكذا إن وافقك أو قال أعجبك أو أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت جاز. **جن**[7] أذهب بهذه السلعة وانظر إليها اليوم فإن رضيتها [١٤٧/ب] فهي لك بألف درهم[8] فذهب به جاز. وكذا إن رضيتها اليوم وهذا تفسير البيع بالخيار إلى الليلة. قال بعتكه بألف فقبض ولم يقل شيئاً أو قال فهو حرّ فقبول وعتق بخلاف قوله هو حرّ جرى بينهما مقدمات البيع فقال بعتكه بكذا فقال اشتريت أو خريد ولم يقل منك أو على عكسه صح. ولو قال اشتريته بكذا فقال هو لك أو عبدك قيل يجوز. **تح**[9] شطر العقد في حقّ الصغير مع نفسه جميعه ولو خاطبه. وقد أذن له اعتبر قبوله.[10] **وح**[11] الواحد لا يتولى عقد البيع من الجانبين إلا الأب يشتري مال ولده الصغير لنفسه أو الوصي مال اليتيم لنفسه أو للقاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه بأمره. **جش**[12] بعته من فلان الغائب فحضر الغائب في[13] المجلس وقال اشتريت صح. ولو قال لرسول فبلغه فقال اشتريت صح. **جت**[14] ويصح الرجوع عن الرسالة. ولو بلغه بغير أمره فقال اشتريت لم يجز. ولو كتب إليه يعني عبدك بكذا فوصل إليه فكتب بعتكه لم يتم ما لم يقل الكاتب اشتريت. ولو كتب اشتريت فكتب إليه بعت تم البيع.

---

[1] وح : واقعات حسام شهيد

[2] ث : أبو الليث

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] برهان سمرقندي

[5] أ : في أداه

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[8] أ، ف، ق : - درهم

[9] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[10] أ، ف : قوله

[11] وح : واقعات حسام شهيد

[12] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[13] ف : - في

[14] جت : جمع التفاريق للبقالي

٦. ١. ١ فصل في التعاطي

الفصل الثاني في التعاطي **جن**[١] **جت**[٢] اختلف المتأخرون في بيع التعاطي. فقيل لا يجوز إلا في المحقرات استحساناً. والصحيح أنه في كل شيء يجوز. **ك**[٣] وينعقد البيع بالتعاطي للعرف ودلالة الرضا. وخصه القدوري بالمستحقرة. وفي الكتاب ما يدل على استواء الكل. ولو وضع فلساً عند الثمار وحمل زمانه برضاه فبيع. وكذا للقصاب زن منوين بدرهم فوزن فدفع وأخذ الدرهم. وكذا من اشترى شيئاً بدنانير وأعطاه شيئاً آخر. **جن**[٤] قال محمد "زن من هذا اللحم ثلاثة أرطال" فوزن له فالمتشري بالخيار إذا قطعه. لأنه ليس بمعلوم. وإن أخذه فلا. ولو قال "زن لي من هذا الرجل أو من هذا الجنب" والمسألة بحالها فلا خيار. وكذا "زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم" جاز. ولا خيار له. **جش**[٥] **خك**[٦] قال "بكم تبيع قفيز حنطة" فقال "بدرهم" فقال "اعزله" فعزله فبيع. وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت ثم امتنع من دفع الثمن وأخذ اللحم أو دفع الدراهم وامتنع القصاب من وزن اللحم أجبرهما القاضي عليه.

قلت فثبت بهذا أن بيع التعاطي كما ثبت[٧] بتقابض البدلين ثبت بقبض أحدهما أيهما كان على وجه الشرى. ونصّ عليه صدر القضاة وغيره أن بيع التعاطي بيع. وإن لم يوجد تسليم الثمن في[٨] النصاب عليه دين فطالبه ربّ الدين به فبعث إليه شعيراً قدراً معلوماً وقال خذه بسعر البلد والسعر لهما [١٤٨/أ] معلومٌ كان بيعاً. وإن لم يعلماه فلا. **جت**[٩] تسليم المشتري ما اشترى إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه بيع. وكذا تسليم الوكيل ما صار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الآمر أو أنكر الآمر وقد اشترى له. وكذا ردها بخيار والبائع يستيقن أنها ليست له فأخذها ورضى. وكذا الرد بعد الثلث والبيع ببينة زور إذا رضي الآخر عند أبي يوسف. ولو جاء المودع بأمة أخرى وقال هذه أمتك وحلف حلّ الوطئ

---

[١] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[٢] جت : جمع التفاريق للبقالي

[٣] ك : الكفاية للبيهقي

[٤] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[٥] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[٦] خك : خلاصة الأكمل

[٧] أ، ف، ق : يثبت

[٨] أ : + كتاب

[٩] جت : جمع التفاريق للبقالي

لهما. لأنه رضي وتسليم.[1] وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بِطانتي[2] فحلف الخياط وسِعه أخذُها عصري قال الدلال لبزاز هذا الثوب بدينار فخذه فقال البزاز ضعه فوضعه استحسن أن يكون بيعاً.

الفصل الثالث جن[3] "بعته منك بألف" فقال "اشتريته بألفين" جاز. فإن قبل البائع الزيادة تم بألفين والأصح[4] بألف. م[5] صحّ وله الزيادة مطلقاً. ولو قال "اشتريته بألفين" فقال البائع "بعته منك بألف" جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفاً. قال "بعتكه بألف" فقال "اشتريته بألف إلى سنة أو بشرط الخيار" لم يتم إلا إذا أجاز في المجلس. ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده و لم يمنعه فبعشرة. وإن كان في يد المشتري فبعشرين عندهم جميعاً. وذكر الطحاوي. وقيل بآخرهما كلاماً. م[6] إذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر إلى أخرهما[7] كلاماً فيحكم بذلك. جت[8] "بعتكه بألف بعتكه بمائة دينار" فقبلهما فهو زيادة إن قبلها جاز. وفي الزيادات أنه بالثاني. وقيل يلزمه الثمنان وإن استويا. ك[9] قال "بعتك هذين العبدين" فقبل أحدهما أو قال لرجلين "بعتكما هذا العبد" فقبل أحدهما لم يجز. لأن فيه ضرر[10] تفريق الصفقة. ولو فصل فقال "بعتك هذين بعتك هذا بمائة" وهذا بمائة للمشتري أن يقبل أيهما شاء. لأن البائع فرق.

قال: **فإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار. إن شاء قبل في المجلس. وإن شاء رده.**

لقوله ﷺ « **المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا** »[11] أي قولاً. لأنهما إنما يسمّيان متبايعين حال اشتغالهما بالبيع كالمتقاتلين والمتشاتمين. ولأن حقّ الساكت في القبول لا يبطل بإيجاب الموجب إلا برضاه. وله خيار القبول في المجلس وإن طال. لأن ساعات المجلس كساعة واحدة كما في الصرف والسلم وخيار المخيرة وقراءة آية السجدة. وعند الشافعي على الفور. قلت والإيجاب ما بدى به من لفظه بعت أو اشتريت أو ما يقوم مقام ذلك.

قال: **فأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب.**

---

[1] ق : تسلم
[2] بِطانةُ الثوب بالكسر ضد ظهارته. الجوهري الصحاح ٧٣/١.
[3] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[4] ف : فصح
[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[7] ف : أحدهما
[8] جت : جمع التفاريق للبقالي
[9] ك : الكفاية للبيهقي
[10] ق : – ضرر
[11] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٤٢؛ مسلم الصحيح "**بيوع**" ٤٧؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ١١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥٦/١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٤.

لأنه بالقيام يبطل المجلس فيبطل كالخيار المتعلّق به. ولأنه صار مُعرضاً به عنه.

قال: **فإذا** [١٤٨/ب] **حصل الإيجاب والقبول لزم البيع. ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية.**

وقال الشافعي لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله ﷺ « **المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار** »[١] ولنا قول عمر رضي الله عنه البيع صفقةٌ أو خيارٌ[٢] قوله ﷺ لحبان بن منقذ « **إذا اشتريتَ فقل لا خلابة ولي الخيارُ** »[٣] ولأنه عقد معاوضة. فيلزم بالإيجاب والقبول كالنكاح. والحديث محمول على خيار القبول على ما بينا. وكذا روي عن إبراهيم النخعي. ثم اعلم أنه لا بد من معرفة اتحاد المجلس وافتراقه مجلس العقد المتحدان لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل آخر معتبر غير ما عُقد له المجلس أو بما هو دليل الإعراض عن العقد. **جن**[٤] قال "بعتك" ثم قام[٥] هو أو المشتري منع القبول. **ط**[٦] هو المذكور في عامّة الكتب. وذكر شيخ الإسلام وبكر في شرحي الجامع إذا قام البائع و لم يذهب ثم قبله المشتري صح. وإليه أشار في **جت**[٧] و**شب**[٨] ولو أكل لقمة واحدة لا يتبدل المجلس. ولو اشتغل بالأكل يتبدل. ولو كان في يده قدح عند إيجاب البائع فشرب منه لا يتبدل. وكذا لو كان في الركعة الأولى من التطوّع فأضاف إليها أخرى أو في الفريضة ففرغ منها. ولو ناما مضطجعين أو أحدهما فهو فرقة. وإن ناما جالسين فلا. ولو كانا يمشيان فخطا خطوة ثم قبل جاز. وهذا خلاف ظاهر الرواية. **جع**[٩] خطا خطوتين جاز قبوله. وبه نأخذ. ولو كانا يسيران في محمل أو على دابة لم ينعقد حتى يتصل. والسفينة كالبيت. ولا يجوز أن ينادى به من بعيد أو من وراء جدار. **تح**[١٠] يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين. فإن كان بين الإيجاب والقبول فصل أو سكوت. وإن قل لا يصحّ. وإن كانا متصلين يصحّ. وقيل يجوز[١١] ما لم يفترقا بذاتيهما. لأن القيام دليل الإعراض. أما السير بلا افتراق فلا. وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة. **تح**[١٢] أعطيتك بكذا فلم يقبل حتى

---

١ الدارقطني السنن ٥٠/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧١/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٤.

٢ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٠٥/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٥٢/٨؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧٢/٥.

٣ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٧٢/٢؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٠٦/٧؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧٣/٥.

٤ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٥ ق : قال

٦ ط : المحيط

٧ جت : جمع التفاريق للبقالي

٨ شب : شرح بكر خواهر زاده

٩ جع : جمع العلوم للبقالي

١٠ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

١١ ف : - يجوز

١٢ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

تكلم البائع إنساناً في حاجته بطل **جت**[1] قارن رد البائع إيجابه قبول المشتري بطل. ولو قال "بعتكه بألف" ثم قال لآخر "بعتك نصفه بخمسمائة" فقبلا فللثاني ولا قبول للأول.

قال: **والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع. والأثمان المطلقة لا تصحّ إلا أن تكون معروفة القدر والصفة.** **شق**[2]

والأصل فيه أن التسليم واجب بعقد البيع. فكل جهالة لا تؤثر في التسليم لا تؤثر في العقد كجهالة القيمة والصبرة وموضع العقد. فإذا كانت الأعواض مشار إليها أمكن [١٤٩/أ] تسليمها وإن لم يعرف قدرها. والأثمان المطلقة لا يمكن تسليمها فلم يصحّ إلا بذكر قدرها وصفتها ليمكن التسليم. ثم لا بد من معرفة الأثمان المطلقة. **ك**[3] النقدان والفلوس ثمن كيف ما ذكر. لأنها لا يتعين عندنا وثبت في الذمة وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة.[4] قلت فهو المراد بالأثمان المطلقة. **ك**[5] والأعيان التي ليست بمثلية مبيعة. لأنها تتعين.[6] أما المكيل والموزون والمعدود المتقارب إن قوبل بالنقدين فمبيع لترجح معنى الثمنية في النقدين. وإن قوبل بغيره وعيّن فمبيع. وإن لم يعين وصحبه الباء فثمن وما لا ثبت في الذمة أصلاً أو إلا سلما فمبيع.

قال: **ويجوز البيع بثمن حالّ ومؤجّل إذا كان الأجل معلوماً.**

أما بالحال فباتفاق الأمة. وأما المؤجل فل« **أنه** ﷺ **اشترى من يهودي إلى أجل فرهنَه دِرْعَه** »[7] وقوله ﷺ « **من أسلم فليُسلمْ في كيلٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ** »[8] ولأن الجهالة الأجل تؤثر في التسليم فيؤثر في صحة العقد لما مر. **ك**[9] ولو قال "بعتكه بألف حالاً وبألفين نسيئة" لا يجوز لجهالة الثمن.

قال: **ومن أطلق الثمن في البيع**[10] **كان على غالب نقد البلد.**

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] [illegible]

[5] [illegible] : الكفاية للبيهقي

[6] أ، ف : يتعين

[7] البخاري الصحيح "**بيوع**" ١٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٢٤؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٥٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/١٦٠.

[8] مالك الموطا "**بيوع**" ٧٧٢.

[9] ك : الكفاية للبيهقي

[10] أ، ف : - في البيع

لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

قال: **وإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها.**

لأنه ليس بعضها أولى من بعض فبقي الثمن مجهولاً. **جن**[1] اشترى بألف درهم و لم يبينها وفي البلد نقود مختلفة فإن كان الكل في الرواج سواء ولا فضل لبعضها على بعض جاز البيع. وإن كان لبعضها صرف وأحدها أروج جاز. وانصرف إلى الأروج. وإن استوت في الرواج لا يجوز. ولو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ثم علم به جاز. وله الخيار. وكذا لو باع عبده بما باع فلان عبده جاز. **جع**[2] والمشتري يعلم جاز. وبما يبيع الناس لا يجوز. **جت**[3] يعني[4] بهذه الدراهم فأراه فإذا هو زيف أو ستوق و لم يعلما أعطاه خيراً. وكذلك إن كان المشتري ولو تصادقا أن البائع كان يعلم وحده. فكذا في الستوق ويعطيه في الزيف هذا ومثله. ولو علما وكل واحد يعلم بعلم صاحبه وقع على هذا. **ط**[5] لو وجده ستوقاً فسد البيع. **برهان**[6] اشتريتها بهذه الصبرة أو[7] بما في هذه الصرة من الدراهم[8] ثم نظر إليها فوجدها خلاف نقد البلد ليس له الرد. ولو قال "اشتريتها بما في هذه الخابية من الدراهم" ثم نظر إليها فله[9] الخيار. وإن وجدها نقد البلد ويسمّى[10] هذا خيار الكمية لا يجوز[11] البيع بثمن مجهول إلا فيما لا يحتاج فيه إلى القبض. **قخ**[12] قال لمديونه "بعتني هذا ببعض العشرة وبعتني هذا[13] بما بقي من العشرة" جاز مجرد بعتكه بقفيز حنطة أو دقيق لا يصحّ حتى يقول جيداً ووسط [١٤٩/ب] أو ردي. وكذا بكر تمر. وكذا بكل ما يكال أو يوزن فإن[14] اشتراه

---

١ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٢ جع : جمع العلوم للبقالي

٣ جت : جمع التفاريق للبقالي

٤ ق : + إن

٥ ط : المحيط

٦ برهان سمرقندي

٧ [illegible]

٨ [illegible] النقود. فتح القدير ٦/٢٦٠.

٩ ف : فليس له

١٠ ف : – ويسمى

١١ ف : + ويسمى

١٢ قخ : قاضي خان

١٣ ق : – هذا

١٤ أ : بأن

بمائة مثقال فضة غير معينة أو ذهب لا يجوز حتى يصفه جيداً أو غيره. ولو قال "بألف[1] نبهرجة[2] أو زيوف"[3] لا يصحّ إلا إذا كانت معروفة في البلد.

قال: **ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وبإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره.**

لقوله ﷺ « **إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم** »[4] ولأنها جهالة. لا تقضي إلى منازعة مانعة من التسليم.[5] فلا يفسد العقد كجهالة القيمة. **جص**[6] **جت**[7] وهو ظاهر المذهب. **م**[8] باع طعاماً على أن يكيله بزنبيل أو إناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وكذا إذا اشترى بوزن حجرة أو حجر لا يعرف وزنه. وكذا لو اشترط عليه[9] وزن ثوب أو متاع أو ملأ جوالق. **جت**[10] عن محمد جواز الشرى بوزن هذا الحجر وفيه الخيار. وعن أبي يوسف لا يجوز. وعن أبي جعفر "بعتك من هذه الحنطة مثل ما يملأ هذا البيت" لا يجوز.[11] ومثل ما يملأ هذا الطشت يجوز.[12] ولو باع حنطة على فرسخ أو فرسخين ولم يسم البائع أين هي؟ فهو بالخيار. إن شاء أخذها حيث كانت. ولم يؤخذ بتسليمها حيث وقع العقد. وفي حيل الخصاف[13] لا يجوز حتى يقول كذا منا من بيدر[1] كذا أو خنبق.[2] كذا عن أبي حنيفة لا يجوز شرى قربة

---

[1] ف : – ألف

[2] النبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان. فتاوى قاضيخان

التجارات. فتاوى قاضيخان ١٣٣/٢.

[4] مسلم الصحيح **"مساقاة"** ٨١؛ أبو داود السنن **"بيوع"** ١٢؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٣٢٠/٥؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٣١٩/٤.

[5] ف : – مانعة من التسليم

[6] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[7] جت : جمع التفاريق للبقالي

[8] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[9] ف : – عليه

[10] جت : جمع التفاريق للبقالي

عنده. الجوهرة

يجوز. فتح القدير

.٢١٧/١٤

[13] الخصاف أحمد بن عمر بن مهير الشيباني أبو بكر المعروف بالخصاف فرضي حاسب فقيه كان مقدما عند الخليفة المهتدي بالله فلما قتل المهتدي نهب فذهب بعض كتبه وكان ورعا يأكل من كسب يده توفي ببغداد سنة ٢٦١هـ. وله تصانيف منها أحكام الأوقاف والحيل والوصايا وأدب القاضي والنفقات على الأقارب. الجواهر المضية ١٤٥/١–١٤٦

من هذا النهر. لأن الماء ليس عنده. ولا يعرف قدر القربة وأطلق جوازه. في المجرد كذا قربة بعينها أو رواية من ماء الفرات يوفيه في مترله. وجوزه أبو يوسف أيضاً. وعنه إذا ملأ ثم تراضيا جاز. وهو مجازفة. **برهان**[3] با ع كل حقّ له في هذه القرية و لم يعلما نصيبه لم يجز إجماعاً. ولو علماه جاز. ولو علم المشتري دون البائع جاز. وعلى عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما. **ص**[4] اشترى ما في يده و لم يعلما مقداره جاز مضموناً كان أو أمانة. **جت**[5] في يدي لك أرض خربة بمكان كذا فبعها هي ولا يعرف البائع الأرض ولا قيمتها عن أبي حنيفة لم تجز حتى يعلما. وعنه جاز وإن لم يعلما. وإليه رجع أبو يوسف.

٦. ١. ٢ فصل في بيع صبرة طعام

قال: **ومن با ع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمّى جملة قفزانها.**

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يصحّ في الوجهين. لأن هذه جهالة ترتفع بفعل أحد المتعاقدين فلا تمنع الجواز كبيع أحد العبدين على أن المشتري بالخيار. وله أن غير الواحد مجهول القدر والثمن فيفسد كبيع الشيء برقمه والواحد [١٥٠/أ] معلوم القدر والثمن. وجاز إفراده من الجملة فصح صيانة لفعل العاقلين عن الإلغاء بقدر الضرورة. فإن قلت القفيزان والثلاثة معلوم القدر والثمن فيصح. قلت تصحيح العقد في الواحد لضرورة صيانة كلامهما عن الإلغاء والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة. **جن**[6] بعت منك عنب هذا الكرم كل وقر بكذا. فإن كان الوقر عندهم معروفاً والعنب من جنس واحد يجب أن يجوز في واحد عنده. وعندهما في الكل كمسألة الصبرة. وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجوز عنده أصلاً. وعندهما يجوز الكل كبيع القطيع كل شاة بدرهم. وذكر أبو الليث الجواز في الكل متفقاً في الوجه الأول وفي الثاني مختلفاً. وبقولهما يفتى تيسيراً على الناس. اشترى سرقيناً[7] كذا زنبيلاً بزنبيل معروف. لكن لا يعرف كميته بالأرطال فهو فاسد.

ولو اشترى قفيزاً من صبرة أو مائة من منّها[8] جاز. ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة وعشر بطيخات من وقر فالبيع باطل. وكذا الرمان ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز استحساناً. والعزل

---

١ ف : - بيدر

٢ الخَنْبَق تعريب خَنْبَه هي الأنبار تُتَّخذ من الخَشب معلَّقةً بالسقف. المغرب في ترتيب المعرب ٢٧٣/١.

٣ برهان سمرقندي

٤ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٥ جت : جمع التفاريق للبقالي

٦ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٧ السَّرقين ما تُدْمَلُ به الأرضُ. لسان العرب ٢٠٨/١٣.

٨ ف : - منها

والقبول بمنزلة إيجاب وقبول. **جت**[1] والبيض كالرمان قياساً واستحساناً كالقفيزان. وعن أبي يوسف روايتان. باع هذه الشياه المائة بهذه الشياه المائة كل شاة بشاة لم يجز. **م**[2] الحسن عن أبي حنيفة بعتك نصيبي من هذا الطعام بطل وإن بينه بعد ذلك. وكذا في الدار. وهو قول زفر. بعتك من داري مائة ذراع ولم يبين موضعها فسد عند أبي حنيفة وزفر خلافاً لأبي يوسف. ولو باع سهماً من خمسة أجزاء أو جزأ من خمسة أسهم أو نصيبي من[3] خمسة أسهم أو سهماً من خمسة أنصباء أو جزأ أو نصيباً منه جاز عنده استحساناً لا قياساً.

قال: **ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع فاسد في جميعها.**

لجهالة جملة المبيع وجملة الثمن. وإنما لا يصحّ في الواحدة بدرهم. لأن أحادها متفاوتة بخلاف القفزان حتى لو باع شاة منها بدرهم لم يجز. وعندهم[4] يصحّ في الجميع لما مر. **شط**[5] ولا خيار له إن علم بعد الافتراق. **ك**[6] **شط**[7] وإن علم في المجلس بالكيل أو العد[8] فللمشتري أن يأخذ الكل عنده في رواية محمد عنه. وعنه لا بد من تراضيهما. وهذا بناءً على أن هذا بيع بالمعاطاة[9] أم إمضاء العقد[10] الأول. **ط**[11] ثم شرط في الكتاب لجواز العقد في الأغنام والنياب عنده أن يعلم عددها في المجلس. وقال بعض مشايخنا إذا علم عددها في المجلس أو بعد الافتراق انقلب العقد جائزاً على كل حال وذكر المجلس في الكتاب وقع اتفاقاً بعتك نصيبي هذا. وهو الثلث أو خمسة من عشرين. وهو جميع نصيبي فإذا هو أكثر ليس له الزيادة.

قال: **وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان.**

على هذا الخلاف. وكذا كل معدود يختلف [١٥٠/ب] قيمته.

---

١ جت : جمع التفاريق للبقالي

٢ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٣ ف : – من

٤ ف، ق : عندهما

٥ شط : شرح الطحاوي

٦ ك : الكفاية للبيهقي

٧ شط : شرح الطحاوي

١١ : المحيط

قال: **ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار. إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن.[1] وإن شاء فسخ البيع.**

لأنه تفرق الصفقة عليه بفوات بعض المعقود عليه وهو المائة.

قال: **وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع.**

لأنها ملكه. لأنها غير معقود عليها. **شط**[2] وإنما يجب رد ما لا يدخل بين الكيلين أو الوزنين في الوزنيات. وما يدخل بينهما فلا يجب رده واختلف في قدر ما يدخل بينهما. وقيل نصف درهم في المائة عفو. وقيل خلافه. وقيل دانق في مائة لا حكم له.[3] وعن أبي يوسف دانق في عشرة كثير.[4] وقيل خلافه. وقيل ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز[5] المعتاد في ديارنا نصف منٍ.

قال: **ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم[6] أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار. إن شاء أخذها بجملة الثمن. وإن شاء ترك. وإن وجدها أكثر من الزرع الذي سماه فهي[7] للمشتري ولا خيار للبائع.**

لأن الذراع في المذروع صفة بخلاف القفيز والمنّ في الكليات والوزنيات. فإن قلت بزيادة كل واحد منهما يزداد قدر المبيع وينتقص بنقصانه فما بال الذراع جُعل وصفاً دون غيره.

قلت لظهور أمارة الوصفية والتبعية فيه دون غيره لوجوه. أحدها[8] أن زيادته تزيد في قيمة بقية الجملة ونقصانه يوجب نقصانها كالصفات. وثانيها[9] أنه لا يمكن إفرادها عن الجملة حكماً حتى لو باع ذراعاً منه لم يجز. وثالثها أن ما يقصد من جنسه. وهو اللبس أو التزين أو السكن لا يحصل بذراع بخلاف القفيز فيها. وإذا كان وصفاً وزيادة الوصف للمشتري ونقصانه لا ينقص الثمن ويوجب الخيار كأعضاء الحيوان. وفي فتاوي النسفي وأمالي القاضي لا يسلم له الزيادة ديانة. وفي شرح أبي ذر وفي الجامع الأصغر

---

[1] ف، ق : - من الثمن

[2] شط : شرح الطحاوي

ما

عن أسد وأبي حفص وأبي الليث يرد الزيادة ديانة. وفي العمدة لو اشترى حطباً على أنه عشرون وقراً فوجده ثلاثين طابت الزيادة كما في الذرعان.[1]

قال: **وإن قال "بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم" فوجدها ناقصة فهو بالخيار. إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك. وإن وجدها زائدة كان المشتري بالخيار. إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم. وإن شاء فسخ البيع.**

أما وجوب الحصة فلأنهما جعلا كل ذراع مقصوداً بثمن معين. فلولا اعتبار الحصة تزيد عن كل ذراع عند النقصان والمشتري لم يرض به أو ينقص [١٥١/أ] عند الزيادة والبائع لم يرض به نصاً. وأما الخيار فليتغير الصفقة عليه.[2] **ط**[3] عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فوجده عشرة ونصفاً أو تسعة ونصفاً لزمه بعشرة ويجيز في النقصان. لأن ما دون الذراع تبع له. وقال أبو يوسف أخذه بأحد عشرة وبعشرة في الناقص إن شاء. وقال محمد يأخذه بحصته فيهما إن شاء. والأول أصح. قيل هذا الجواب في فصل الثياب في القميص والسراويل والعمائم والأقبية. أما إذا[4] اشترى كرباساً لا يتفاوت جوانبها مذارعة لا يسلم له الزيادة. ولو باع ذراعاً من هذا الكرباس يصحّ وإن لم يُعين موضعه كالكليات. **شط**[5] والوزني الذي[6] لا يضره التميز مع ما يضره كالمذروع. ولو اشترى أرضاً على أن فيها كذا نخلة خير في النقصان بين الترك والأخذ بجميع الثمن. وكذا لو باع داراً على أن فيها كذا بيتاً. ولو زاد فهي له بما سمي من الثمن. لأنها تدخل في البيع بدون الذكر. ولو اشترى على أن فيها كذا نخلة بثمرها فإذا فيها نخلة غير مثمرة عند البيع. لأن للثمر حصة من الثمن.

قال: **ولو[7] قال "بعت منك هذه الرِزمة[8] على أنها عشرة أثواب بمائة درهم كل ثوب بعشرة.[9] فإن وجدها ناقصة جاز البيع بحصته.**

---

[1] [illegible] الزيادة. البحر الرائق ٣١٤/٥.

[2] ف : - عليه

[3] ط : المحيط

[4] أ : - إذا

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] [illegible]

[7] [illegible]

[8] [illegible] الجوهري الصحاح ٢٦٧/١.

[9] ق : + دراهم

لأن ثمنه معلوم. وإن وجدها زائدة فالبيع فاسد. لأن المردود مجهول. فيفسد كما لو باع عشرة أثواب من أحد عشر. ك[1] ولو لم[2] يبين حصة كل ثوب فسد فيهما في الزيادة لما مر وفي النقصان. لأن ثمن الباقي مجهول والبيع بثمن مجهول لا يصحّ. روى النوقدي[3] عن أبي حنيفة. ط[4] روي قاضي الحرمين عنه أن العقد فاسد في الكل في الفصل الأول أيضاً[5] المسألة الجامع تدل عليه. وهو ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهم مروي فسد البيع فيهما عند أبي حنيفة. فإذا فسد عند فوات الوصف فعند فوات الأصل أولى. شس[6] ما ذكر في المختصر قول الكل. شح[7] الأصح عندي[8] أن عند أبي حنيفة يفسد العقد في الكل. وكذا إذا[9] اشترى حنطة على أنها كرّ فوجدها ينقض قفيزاً فسد في الباقي عنده. هو الصحيح. وكذا في الجوز إذا وجد بعضها خاوياً والبيض إذا وجد بعضها[10] مَزِرة[11] يتعدى الفساد إلى الباقي. ط[12] أبيعك هذه الحنطة بكذا على أنه أقل من كرّ فاشتراها على ذلك فوجدها أقل من كرّ جاز البيع إلا رواية عن أبي يوسف. وإن وجدها[13] كراً أكثر ففاسد. وكذا إذا قال "على أنها أكثر من كرّ" فوجدها كذلك جاز. وإن وجدها كرّاً أو دونه ففاسد. ولو قال "على أنها كرٌّ أو أكثر" جاز كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل[14] كما لو قال على أنها كرّ وعلى هذا إذا [١٥١/ب] اشترى عنباً معيناً في كرم معين على أنه كذا مناً. وكذا في العدديات المتقاربة.

قال: **ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه.**

لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط وهي العرصة والبناء تبع له فيستحق باستحقاق الأصل.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

: شرح السرخسي

[7] شح : شمس الأئمة الحلواني

[8] ف : - الأصح عندي

[9] ف : - إذا

[10] ف : - بعضها

[11] المصَّةُ وفي الحديث المَزْرَةُ الواحدة تحرِّمُ أي المصَّةُ الواحدة. لسان العرب ١٧٢/٥؛ المزرة الواحدة تحرم أي المصة الواحدة . والمزر والتمزر الذوق شيئا بعد شيء. النهاية في غريب الأثر ٦٨٨/٤.

[12] ط : المحيط

[13] ف : كانت

[14] ف : - الأصح عندي

قال: **ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع[1] وإن لم يسمه. ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية.**

لأن الشجر متصل بها اتصال تأبيد. وليس لرفعة غاية معلومة كالبناء فتبعها بخلاف الزرع في الوصفين. ثم إن محمداً لم يفصل بين الشجرة المثمرة وغيرها[2] والكبيرة والصغيرة. وقيل يدخل المثمرة على كل حال دون غيرها. وقيل إنما يدخل الكبيرة المثمرة وغيرها لا يدخل إلا بالذكر. والأصح دخول الكل **جن**[3] والشجرة اليابسة لا يدخل من غير شرط. ثم اعلم أنه لا بد من معرفة ما يدخل في بيع الدار من غير ذكر وفي بيع الأرض[4] من غير ذكر وفي بيع الشجر[5] وغيره. أما توابع الدار **ط**[6] الأصل[7] أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء فتبع للدار يدخل في بيعها بلا ذكر. وإلا فلا إلا إذا كان شيئاً لا يمنعه البائع من المشتري عرفاً كالإقليد[8] ونحوه. فيدخل الغلق لاتصاله والمفتاح للعرف والسلم المتصل بالبناء[9] والسرز والدرج الخشبية المتصلة به والحجر الأسفل من الرحى والطاحونة والأعلى أيضاً استحساناً. ولا يدخل القُفل[10] ومفتاحه والباب الموضوع فيه. **شبز**[11] ما ذكر محمد أن الغلق يدخل في بيع الدار دون المنزل إلا بذكر الحقوق أو المرافق والبيت إلا بالنص عرف[12] أهل[13] الكوفة. فأما في عرف بخارا يدخل الغلق تبعاً سواء باعه باسم الدار أو المنزل أو البيت.

---

[1] ف : – ما فيها من النخل والشجر في البيع

[2] ف : + لا يدخل

[3] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[4] ف : – الأرض

[5] أ : بيع الأرض

[6] ط : المحيط

[7] ف : – الأصل

[8] الإقليد المفتاح ج أقاليد. المعجم

[illegible]

... القاموس المحيط ١/١٣٥٥.

[11] شبز : شرح بزدوي

[12] ف : + مثل

[13] ف : – أهل

قلت وهكذا في عرف خوارزم. ويدخل في بيع الدار[1] المخرج والمربط والمطبخ والبئر وبكرتها دون الدلو والحبل إلا إذا قال بمرافقها اللاتي فيها فيدخلان. شط[2] اشترى بيتاً أو منزلاً أو مسكناً في دار أو داراً أو أرضاً لا يدخل الشرب والطريق والمسيل إلا بذكر الحقوق ونحوها. وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها. ويدخل في الإجارة والقسمة والرهن والوقف. لأنها تعقد للانتفاع. ولا يتأتى الانتفاع إلا بها بخلاف البيع حتى جاز بيع ما لا ينتفع به للحال لا إجارته. وعن أبي يوسف يدخل الطريق في بيع الدار بلا ذكر. ط[3] ولا[4] يدخل الظلة وهي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والآخر على غيرها أو على أسطوانات في السكة ومفتحها إلى الدار ما لم يقل بكل حقّ هو لها أو بمرافقها. وقالا يدخل بدون الذكر. وإن لم يكن مفتحها إلى الدار المبيعة لا يدخل إلا بالنص. قال ط[5] والحق في [١٥٢/أ] العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه. ولا يقصد إليه إلا لأجله كالشرب والطريق ومسيل الماء. جن[6]

والمرافق ما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء. وقوله كل قليل وكثير مبالغة في إسقاط حقّ البائع عن المبيع وعما هو متصل به. قال وأراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار والأرض بدون الذكر الطريق الخاص في ملك إنسان. أما الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غير نافذة يدخل بدون الذكر. وكذا حقّ تسيل الماء وحق إلقاء الثلج في ملك خاص[7] لا يدخل إلا نصاً أو بذكر الحقوق أو المرافق. م[8] ولو لم يذكر الحقوق والمرافق لم يدخل الطريق. وللمشتري أن يرد إذا قال ظننت أن له مفتحاً إلى الطريق. قخ[9] والبستان الذي في الدار يدخل وما يليها ومفتحه[10] إليها لا يدخل. وقيل يدخل إن صغر. وإلا فلا. وقيل يحكم الثمن. وقيل إن كان أصغر من الدار يدخل. وإلا فلا. جن[11] قال أبو حنيفة باع داراً بفنائها لم يصحّ كمن جمع بين حر وعبد. ولو باعها بكل قليل وكثير وهو[12] لها وفيها[13] ومنها[14]

---

1 ف : – الدار
2 شط : شرح الطحاوي
3 ط : المحيط
4 ف : – لا
5 ط : المحيط
6 جن : جمع نجم الأئمة البخاري
7 ف : – خاص
8 م : المنتقى للحاكم الشهيد
9 قخ : قاضي خان
10 ق : ومفتحها
11 جن : جمع نجم الأئمة البخاري
12 أ، ف، ق : هو
13 ف : – وفيها
14 ق : – ومنها

وفيها خشب موضوع أو لبن أو آجر أو أمتعة فإنها لا تدخل عند علمائنا الثلاثة وفي حقوقها تدخل الحقوق وقت البيع لا ما قبله حداً الدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والإصطبل[1] والمنزل ما يشتمل على بيوت ومطبخ ومستراح دون الصحن والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز. م[2] وبعتكها بما فيها من شيء أو متاع فعلى حقوقها اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الأرض. ولو اشترى بناء لا يدخل. وقيل لا يدخل فيها. قيل والحائط والجدار سواء. أما توابع الحانوت والحمام ألواح الحانوت يدخل وإن لم يقل بمرافقه. ع[3] الألواح والأقفال للبائع. والمختار في الألواح أنها تدخل. جع[4] الأقفال تدخل. جن[5] وقدر القصارين[6] والصباغين وأجاجين[7] الغسالين وخوابي الدباس وحبّابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدقّ عليه المثبتة في الأرض لا يدخل.[8] وإن قال بحقوقها وقدر الحمام يدخل دون قصاعه. أما توابع الأرض ط[9] يدخل في بيعها ما ركب فيها للتأبيد كالعرائش والأشجار والأبنية. ولا يدخل الشرب والمسيل والطريق في ملك خاص. ولو قال بحقوقها أو مرافقها دخلت فيه ولا يدخل الزرع والثمر وعن أبي يوسف يدخل[10] الزرع والثمر[11] بذكر المرافق لا الطريق. ط[12] وبكل قليل وكثير هو فيها. ومنها يدخل الزرع والثمر في الروايات كلها ما لم يقل من حقوقها. وفي شروط الحاكم السمرقندي[13] والناطفي بذكر كل حقّ يدخل الزرع والثمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ولا يدخل المحصود والمصروم فيه قد[14] شج[15] [١٥٢/ب] الزرع إنما لا يدخل قبل النبات وبعد التقوم أما إذا نبت و لم يصر متقوماً يدخل. وقيل وكذا البذر العفن. وكذا الثمن يدخل في بيع الشجر إذ لم يصر لها قيمة. وقيل بحكم الثمن. فإن كان مثل الأرض والزرع والثمر يدخل تبعاً. وإلا فلا. وكل ما لا يكون للبقاء ولرفعه غاية معلومة كالأشجار الصغار التي تقطع في

---

[1] الإصطبل للدواب قال أبو عمرو الإصطبل ليس من كلام العرب. الجوهري الصحاح ١٨/١.

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[3] ع : عيون المسائل للسمرقندي

[4] جع : جمع العلوم للبقالي

[5] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[6] [illegible]

[7] [illegible]

[8] [illegible] بمرافقها. تبيين الحقائق ٢٦٥/١٠.

[9] ط : المحيط

[10] ف : لا يدخل

[11] ف : المحصول

[12] ط : المحيط

[13] أحمد بن محمد السمرقندي أبو نصر الحاكم عالم في علم الشروط والسجلات وصنف فيهما وتوفي في عشر سنة ٥٥٠ ه. عمر كحالة معجم المؤلفين ١٠٩/٢

[14] قد : شرح قدوري كبير

[15] شج : شرح الجلالي

كل ثلاث سنين وتباع وقوائم الخلاف وأغصان التوت والقصب والورد والآش والرياحين والزعفران والقطن والكراث والقت لا يدخل في البيع إلا بالذكر. **جت**[١] ذكر الخصاف في الحطب والقصب والطرفاء وأنواع الخشب أنها للمشتري.[٢] **م**[٣] الشوك لمن أخذ بخلاف الحطب. والأصح أن أصول الكراث والكرفش ونحوهما المغيب في الأرض يدخل. ويدخل الدولاب دون الدالية وجذوعها توابع الشجر والكرم. **جن**[٤] المختار أنه يدخل في بيع الشجرة[٥] ما تحتها من الأرض. **شح**[٦] قيل مقدار ساقها. وقيل قدر ظلها عند الزوال. وقيل قدر عروقها العظام. ولو شرط فكما شرط. **ه**[٧] ووصية الشجرة كالبيع عند محمد تدخل. وعند أبي يوسف لا. وفي الإقرار والقسمة يدخل عندهم توابع المنقول. **جن**[٨] اشترت جارية أو عبداً دخل ثياب مثلها في البيع حتى جاز للبائع تبديل ما عليها بكسوة مثلها. ولا حصة لها من الثمن حتى لو استحقّ منها أو وجد بها عيباً لا يرجع[٩] ولا يرد. وقيل لا يدخل الثياب وعلى البائع ستر عورتها بما شاء.

قال[١٠] ولا يدخل[١١] شيء من الحلي وإن قبض الجارية معها.[١٢] وإن سلمه البائع لها فلها. وإن سكت عن طلبه وهو يراه فكالقبض. ولا يدخل الجحش والعجول إلا بالذكر فوائد الفضلى وولد البقرة والضأن والإبل يدخل إذا كان رضيعاً. وإلا فلا. وفي المهر الرضيع خلاف وأكاف[١٣] الحمر وعذار الفرس كثياب الأرقاء اشترى سمكة وفي بطنها لؤلؤة إن كان في الصدف فللمشتري. وإلا فللبائع لقطة في يده.

قلت فالحاصل أن ما يكون منها خلقةً أو غذاءً فللمشتري. وإلا فلا.

---

١ جت : جمع التفاريق للبقالي

[٢] [illegible] المختار. البحر الرائق ٥/٣١٨.

٣ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٤ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٥ ف، ق : الشجر

٦ شح : شمس الأئمة الحلواني

٧ ه : هداية

٨ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٩ ف : لا يدخل

١٠ ف : + مولانا

١١ ق : - يدخل

١٢ ف : معها الجارية

[١٣] [illegible] الجوهري الصحاح ١/٢٠.

قال: **ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطها[1] المبتاع.**

لما روي محمد في الشفعة من قوله ﷺ « **من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع** »[2] وقال مالك والشافعي إن لم يكن موبرة أي[3] ملقحة فللمشتري وتفاصيلها مرت.

قال: **ويقال للبائع "اقطعها وسلم المبيع."**[4]

وكذا الزرع. وقال الشافعي على المشتري[5] إلى ظهور صلاح الثمر واستحصاد الزرع. ونمكن من سقيه دفعاً [١٥٣/أ] للضرر كانقضاء مدة[6] الإجارة. فإنه يبقى الزرع بالأجر إلى أن يستحصد. ولنا أنه يجب تسليم ملكه فارغاً في الحال كما لو باع بيتاً فيه متاعه. وهكذا في مسألة الإجارة يجب التسليم عند الانقطاع حتى وجب عليه أجر آخر.

قال: **ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ووجب على المشتري قطعها في الحال. فإن شرط تركها على النخل فسد البيع.**

وبدو الصلاح أن يؤمن العاهة. وإنما جاز البيع لقوله ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما « **من باع نخلاً قد أثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع** »[7] فجعله للمشتري بالشرط. وإنما يفسد بشرط الترك لـ« **نهي**[8] **النبي ﷺ عن بيع وشرطٍ** »[9] ولأنه شرط لا يقتضيه العقد. وهو الانتفاع بملك البائع فيفسد كشرط ترك المتاع في دار البائع. وقال محمد إن كان[10] تناهى عظمها لا يفسد المتعارف. وقال الشافعي إذا بدا صلاحها جاز بشرط الترك وقبل البدء. وإنما يجوز بشرط القطع.

قلت وفي بيع الثمار تفاصيل وتعريفات لا بد من معرفتها. **ن**[11] اعلم أن بيع الثمار قبل أن يصير منتفعاً بها لا يجوز. لأن ما لا يصلح لتناول بني آدم ولا لعلف الدواب ليس بمال متقوم. **جن**[12] **جت**[1]

---

[1] ف : أن يشترط لها

[2] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٩٢؛ أبو داود السنن "**إجارة**" ٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢١٩/٦.

[3] ف : لا

[4] أ : - المبيع

[5] ف : - على المشتري

[6] ف : - كانقضاء مدة

[7] مالك الموطا "**أقضية**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٧٨/١١.

[8] ف : ترك

[9] أبو داود السنن "**بيوع**" ٦٨؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ١٩؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٧١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٧٨/٢.

[10] ف : - كان

[11] ن : النوازل

[12] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

الصحيح أنه يجوز. **شس**[2] لا يجوز. **ز**[3] وإن اشتراه بعدما صار منتفعاً لم يبد صلاحها. إن اشتراه بشرط الترك فسد. وبشرط القطع أو مطلقاً جاز. ويؤمر بالقطع. **جن**[4] فلو تركه إلى الإدراك بإذن البائع جاز. وطاب له الفضل. وبغير إذنه يتصدق بالفضل.[5] **ز**[6] وإن اشتراها بعد تناهي عظمها قبل النضج بشرط الترك فسد خلاف محمد استحساناً. وبشرط القطع أو مطلقاً جاز. وإذا صار بعضها منتفعاً[7] و لم يخرج البعض أو لم يصر منتفعاً كالتين والرمان ونحوهما. واشترى الكل لم يجز في ظاهر المذهب. لأنه جمع في العقد بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز كالميتة والمذبوح. **شح**[8] يفتي بجواز البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ ونحوها للضرورة[9] وجعل الموجود أصلاً وما يتلاحق تبعاً. **شس**[10] الأول عندي أصح. **جن**[11] استئجار الأشجار مدة لترك الثمار لا يجوز. ولا يجوز[12] الأجرة[13] بتركه. ويطيب للمشتري الفضل. **م**[14] اشتراها بعد تناهي عظمها بشرط الترك جاز عند أبي يوسف ومحمد.[15] وبه الطحاوي للبلوى وعدم إنكار السلف. **جن**[16] لو اشترى الثمار بشرط القطع أو مطلقاً وترك حتى نضج حل له النضج على كل حال.

قلت وعلى قياس ما ذكر في شرى أغصان التوت مطلقاً أو بشرط القطع جاز. [١٥٣/ب] أخذها في اليوم. وإن مضى يوم فسد البيع لاختلاط غير المبيع بالمبيع أن يكون في الثمار الذي لم يدرك كذلك وفي كل ما يزداد. **جن**[17] إن أخرجت الشجرة ثمرة أخرى فللبائع. وإن أباحه للمشتري جاز. وإن اختلط الحادث بالموجود حتى لا يعرف قبل التخلية فسد البيع وبعد التخلية هما شريكان. والقول قول

---

[1] حت : جمع التفاريق للبقالي

[2] شس : شرح السرخسي

[3] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن

[4] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[5] ف : - بالفضل

[6] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن

[7] ق : + به

[8] شح : شمس الأئمة الحلواني

[9] ف : - للضرورة

[10] شس : شرح السرخسي

[11] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[12] ف، ق : لا يجب

[13] ف، ق : - الأجرة

[14] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[15] [illegible] العقد. تحفة الفقهاء ٢/٥٦.

[16] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[17] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

المشتري في مقداره. قد[1] شس[2] الحيلة فيه أن يشتري الأصول مع الثمار حتى يحدث الزيادة على ملك المشتري. قال أبو الليث ويستأجر الأرض مدة معلومة. وهكذا في شرى المطبخة والرطبة والزرع والحشيش والباذنجان ونحوها. وفيه طريق آخر. وهو أن يأذن له في الترك على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك إلى الإدراك بإذن جديد.

قال: **ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة.**[3]

خلافاً لمالك كاستثناء شجرة بعينها. ولنا « **نهي النبي ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والثنيا** »[4] ولأن الباقي بعد الثنيا مجهول القدر والعين فيفسد بخلاف تعيين الشجرة المستثناة.

قال: **ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء[5] في قشره.** شق[6]

وكذا الأرز والسمسم كما في الشعير والذرة في السنابل. وقال الشافعي لا يجوز في الباقلاء والجوز واللوز والفستق حتى يخرج من قشره الأول والحنطة في قول النهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يفرك. ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما « **أنه ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يَزهُوَ وعن بيع السُنبل حتى يَبْيَضَّ ويأمنَ العاهةَ** »[7] وأما حديثه فروى حتى يفرك أي صار بحاله تتأتى فيه المفرك والحمل عليه أولى توفيقاً بينه وبين ما روينا.

قال: **ومن باع داراً دخل في المبيع[8] مفاتيح أغلاقها.**

استحساناً لما بينا.

قال: **وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع. وأجرة وزان الثمن على المشتري.**

---

[1] قد : شرح قدوري كبير

[2] شس : شرح السرخسي

[3] [illegible]

الفتاوى الهندية ١٣٠/٣.

[4] البخاري الصحيح "بيوع" ٨٢؛ مسلم الصحيح "بيوع" ١٦؛ أبو داود السنن "بيوع" ٣٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٠١/٥.

[5] الباقلي والباقلاء الفول واحدته باقلاة وباقلاءة. المحكم والمحيط الأعظم ٤٣٥/٦.

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] البخاري الصحيح "سلم" ٤؛ مسلم الصحيح "بيوع" ١٣؛ أبو داود السنن "بيوع" ٢٣.

[8] ف : البيع

لأن تسليم المبيع على البائع وتسليم الثمن على المشتري فيكون مؤنته على من تجب عليه. وأما أجرة الناقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد أن البائع يحتاج إلى النقد ليميز ما هو متعلّق حقه عن غيره. وروى ابن سماعة عنه أنها على المشتري. لأن حقّ البائع في القدر والجودة والنقد لإيفاء الجودة كالوزن لإيفاء القدر. وثم يجب على[1] المشتري فكذا هذا. لأن العمل له. ع[2] أجرة الناقد[3] على المشتري. قال صدر الشهيد وبه يفتى. وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين إلا إذا قبض دينه ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين.

قال: **ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري "ادفع الثمن أولاً" فإذا دفع قيل للبائع "سلم المبيع."**

ليصير الثمن بالقبض عيناً فيكون عيناً بعين.

قال: **ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل [١٥٤/أ] لهما "سلما[4] معاً."**

لأنهما في حقّ التعيين وثبوت ملك الرقبة شيئان. وقال الشافعي يجبران على التسليم معاً في الجميع.[5] وهو محجوج بقوله ﷺ « **ثلاث لا يؤخرن الدين إذا وجد من يقتضيه** »[6] والثمن دين على أن حقّ المشتري تعين في المبيع فيجب تعين حقّ البائع أيضاً في الثمن بالقبض تسوية بينهما.

ثم لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسليم ومكان التسليم. **شق**[7] التخلية بين المشتري وبين المبيع من غير مانع من قبضه قبض يدخل به المبيع في ضمان المشتري. قال ابن شجاع وهذا باتفاق من أهل العلم. وقال الشافعي القبض في الدراهم والدنانير يتناولهما بالبراجم. وإن كان ثياباً ونحوها فبنقدها من مكانها إلا الطعام مكايلة فبالكيل. وإن كان مما لا ينقل كالعقار والشجر فبالتخلية لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام في السوق حتى ينقلوه.[8]

---

[1] ق : - على

[2] ع : عيون المسائل للسمر

[5] والمثمن. موسوعة فقه المعاملات ٦٥/١.

[6] الطحاوي "شرح معاني الآثار" ١٥٧/٤.

[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

العزيز الأسئلة والأجوبة الفقهية ٤٩/٤.

قلنا[1] كانوا يتبايعونها عند تلقي الجلب بظروفها. ولا يشاهدونه حتى ينقلوه إلى رحالهم فنهاهم عن بيعها قبل الرؤية. ولنا أن التخلية معنى يدخل به الثمر في ضمان المشتري على رؤس النخل. فكذا العروض. جن[2] أمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان. فإن أمكن قبضه من غير قيام صحّ التسليم. وإلا فلا. في النظم أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو بسقيه دواء ويداوي جرحه ففعل لا يصير قابضاً. ولو قبض المشتري فوجد بها عيباً وفعل هذه الأشياء لا يكون رضا. ولو أمره يختار الجارية أو الغلام أو الفصد أو بطّ جرحه[3] أو قطع عرقه أو كان ثوباً فبقطعه أو قصره أو غسله أو نقله أو نعلاً بحذوه أو طعاماً يطحنه أو داراً فأجرها من البائع أو جارية فأمر أن يزوجها فزوجها ودخل بها يكون قبضاً. ولو لم يدخل لا يكون قبضاً. ولو فعل المشتري شيئاً من هذه الأشياء بعدما وجد به عيباً صار راضياً. ولم يكن الرد بل يرجع بنقصان العيب في هذا كله. لأن البائع لو قبل المبيع بعد حصول هذه الأشياء جاز فالعجز عن الرد من قبله فكان عليه النقصان. جع[4] تخلى من المبيع والثمن منقود فهو قبض من غير تحلية. جن[5] ودفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير كلفة باع حنطة في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض. فإن قال "خليت بينك وبينها" فتسليم. وإلا فلا. سلم الدار وهما غائبان عنها وقال المشتري "قبضتها" لم يصر قابضاً حتى يكون قريباً بحيث يقدر على إغلاقها. جس[6] يصبح وإن كان العقار غائباً في قول أبي حنيفة خلافهما. م[7]

وكل شيء اشتراه بعينه فجاء به البائع وأمره المشتري أن يطرحه في الماء ففعل فهو قابض. [١٥٤/ب] اشترى فرساً في حظيرة فقال "سلمته إليك" ففتح المشتري الباب فذهب. فإن أمكنه أخذه أخذه بيده من غير عون كان تسليماً. وكذا في الطير. وإلا فلا. جس[8] إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الخيل وليس معه خيل فليس بقبض. وعلى هذا العون. جس[9] وإن كان معه خيل أو عون فقبض. ط[10] وكذا إذا اشترى رمكة من الرماك في حظيرة وإن اشترى الرماك كلها فالتخلية بينه وبينها في الحظيرة تسليم حتى لو

---

١ أ : قلت

٢ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٣ بط الجرح وغيره يبطه بطا وبجه بجا إذا شقه والمبطة المبضع وبططت القرحة شققتها. لسان ٢٦١/٧.

٤ جع : جمع العلوم للبقالي

٥ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٦ جس : أجناس الناطفي

٧ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٨ جس : أجناس الناطفي

٩ جس : أجناس الناطفي

١٠ ط : المحيط

غلبته وهلكن هلكن من المشتري. **جن**[1] متاع البائع وإن قل وزرعه يمنع التسليم. وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع. فلو أذن له بقبض المتاع والدر صح. وصار المتاع وديعة عنده. **جس**[2]

هلك الثوب وهو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلاف أبي يوسف. **ط**[3] اشترى منه دُهناً ودفع إليه قارورة ليزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري فقبض.[4] وكذا بغيبته على[5] الأصح وإن كان في بيت البائع. وكذا[6] سائر الكيليات والوزنيات إذا وزنها ثم جعلها في وعاء المشتري بأمره. وفي جوالق البائع بعد الاستعارة بعينها بغيبة المشتري اختلاف وبعد القبض قبض. ولو قال "ابعثه مع غلامك أو غلامي" ففعل فضاع في الطريق فمن مال البائع. ولو قال "ادفعه إلى غلامي أو غلامك" فمن المشتري. لأنه توكيل. غصب شيئاً فغيبه ثم اشتراه صار قابضاً بالشرى. وليس للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية نوع في مؤنة التسليم. أصله أن العقد يقتضي لتسليم المبيع حيث هو وقت العقد لا في مكان العقد. هو المذهب. وقيل في مكان العقد. **ط**[7] **ه**[8]

اشترى في المصر حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد. ولو اشترى تمراً على الأشجار مجازفة فجدّها على المشتري وفي الموازنة على البائع. وكذا قطع الجزر والشلجم والبصل ونحوها إلا الأنموذج[9] فهو على البائع بكل حال. **م**[10] اشترى حنطة في سفينة أو جوالق وثوباً في جراب فالإخراج على المشتري.[11] ولو

---

[1] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[2] جس : أجناس الناطفي

البائع. المبسوط

المنتقى للحاكم الشهيد

.١

اشترى وقر حطب في المصر فحملها على البائع. ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالكدس والتذرية على البائع. وكذا صبها في وعاء المشتري بالغرف وصب الماء من القربة.[1]

---

[1] ق : + والله أعلم



٦. ٢ باب خيار الشرط

قال: **خيار الشرط جائز[1] للبائع والمشتري. ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها.**

لقوله ﷺ لحبان بن منقذ رضي الله عنه **« إذا بايعت أو شاريت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام »**[2] ولأن بالناس حاجة إليه لدفع الغبن بالارتياء والنظر.

قال: **ولا يجوز أكثر [١٥٥/أ] منها عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا سمى مدة معلومة.**

كالثلاث. وله أن هذا شرط لا يلائم العقد. لأنه يمنع حكمه. وإنما جاز في الثلاث للنص فلا يتعداها. **ط**[3] إذا شرط الخيار أبداً ومطلقاً أو وقتاً مجهولاً فسد إجماعاً. وأما في أربعة أيام ونحوها كذلك عند أبي حنيفة وزفر. وهو الأصح. فإن سقط الخيار قبل الرابع بسبب من الأسباب فالبيع جائز. وعليه الثمن أيضاً خلافاً لزفر. قال وهذا العقد موقوف عند أهل خراسان. فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد الآن. وعلى ما ذهب إليه أهل العراق العقد فاسد. وهو نظير البيع إلى الحصاد والدباس. وإذا لم يكن الخيار موقتاً فله الخيار في الثلاث. ويفسد العقد بمضي الثلاث. وعندهما يجوز أحياناً اختياره بعدها وينقلب جائزاً. **شح**[4] وإنما ينقلب جائزاً بإسقاط الخيار. **قد**[5] لو كان الخيار إلى قدوم فلان أو موته أو إلى أن يهب الريح فأبطلاه لم يجز البيع عند أبي يوسف. شرط الخيار لنفسه يوماً واحداً بعد شهر جاز عند أبي يوسف في الشهر. وله الخيار بعده يوماً. ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز البيع والشرط. وهو على التفاصيل التي مرت. وكذا إن نقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بينهما

---

[2] ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٧٢/٢؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٠٦/٧؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧٣/٥.

[3] ط : المحيط

[4] شح : شمس الأئمة الحلواني

[5] قد : شرح قدوري كبير

بمنزلة شرط الخيار. وإن قال أحدهما بعد البيع "جعلتك بالخيار ثلاثة أيام" صح. ولو زاد أو أطلق فسد به البيع عنده خلافهما كالشروط الفاسدة الملحقة بالبيع الصحيح. ولو قال "خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بعشرة" فهو خيار. باع على أنه بالخيار على أن له أن يغلّه أو يستخدمه جاز. وهو على خياره وعلى أن يأكل من ثمرة لا يجوز. لأن الثمر له حصة من الثمن.

٦. ٢. ١ فصل الملك في خيار الشرط

قال: **وخيار البائع تمنع خروج المبيع عن ملكه.**

لأن الخيار ما دخل على السبب. لأنه لا يجوز تعليق السبب بالشرط. وإنما دخل على الحكم فمنع الرضا بخروج المبيع عن ملكه فلا يخرج كالإكراه. ط[1] ويخرج الثمن من ملك المشتري إجماعاً غير أنه لا يدخل في ملك البائع عنده خلافهما.

قال: **فإن قبضه المشتري فهلك في يده ضمنه بالقيمة.**

لأن البائع ما رضى بزوال ملكه بالمسمّى فوجبت القيمة كما في المقبوض على سوم الشراء والمثل في المثليات. ولو هلك في يد البائع قبل القبض بطل البيع. ولو تعيب لا. وله الخيار وللمشتري أيضاً خيار العيب.

قال: **وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع.**

لتمام الرضا منه.

قال: **إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يملكه.**

وبه الشافعي كيلا يؤدي [١٥٥/ب] إلى تسييب العين. وله أنه لو ملك المبيع والثمن باق في ملكه لاجتمع البدلان في ملكه وإنه ممتنع. لأن المعاوضة تقتضي المعادلة. ومثله جائز كالتركة المستغرقة بالدين يخرج عن ملك المورث ولم يدخل في ملك الورثة والأوقاف. وإذا اشترى عبداً من مال الكعبة لخدمة الكعبة يكون مملوكاً بلا مالك.[2] جن[3]

قال: **فإن هلك في يده هلك بالثمن.**

---

[1] ط : المحيط
[2] أ : + أوضح
[3] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

وقال زفر والشافعي بالقيمة كخيار البائع. ولنا أنه لما أشرف على الهلاك فقد عجز المشتري عن الرد فبطل خياره فتم العقد فوجب الثمن.

قال: **وكذلك إن دخله عيب**.

قلت[1] وفائدة الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه تظهر في عشر مسائل أو أكثر.

أحدها : اشترى امرأته بشرط الخيار له لم يفسد النكاح خلافهما. والخيار بحاله عندهم. فإن وطئها وهي بكر أو ثيب نقصها الوطئ في المدة بطل خياره للتعيب. وإلا فلا. لأن وطئها بالنكاح. وعندهما يبطل. لأن وطئها بالشرى.

وثانيها : اشترى ذا رحم محرم منه بالخيار لم يعتق خلافهما.

وثالثها : اشترى جارية ولدت منه بنكاح لم تصر أم ولد له. والخيار بحاله خلافهما.

ورابعها : لو حاضت الجارية في مدة الخيار بعد القبض لم يحتسب من الاستبراء خلافهما. ولو فسخ البيع وعادت إلى البائع لم يستبرئها خلافهما. وإن كان الفسخ قبل القبض فالقياس أن يحتسب. وفي الاستحسان لا.

وخامسها: لو أودعه البائع بعد القبض فهلك في يده في المدة أو بعدها هلك على البائع لارتفاع قبضه بالرد خلافهما.

وسادسها: لو كان المشتري[2] عبداً مأذوناً له وأبرأه البائع عن الثمن في المدة صح. وبطل خياره عندهما. لأنه لما دخل البيع في ملكه فالفسخ تمليك منه بلا بدل. والعبد لا يملك ذلك. وعنده خياره بحاله. لأنه لم يملك عنده .فالفسخ امتناع عن التمليك. والعبد يملك ذلك.

وسابعها : ذمي اشترى من ذمي خمراً بخيار. ثم أسلم في المدة بطل البيع. وعندهما تم.

وثامنها : اشترى مسلم من مسلم عصيراً فتخمر عنده في المدة فسد البيع. وعندهما تم.

وتاسعها : اشترى طيباً فقبضه ثم أحرم وهو في يده انتقض البيع خلافهما.

وعاشرها: اشترى داراً بخيار وهو ساكنها بإجارة أو عارية فاستدامة السكنى لا يكون اختياراً للملك خلافهما.[3] **شط**[1]

---

[1] ف : قال

[2] ق : – المشتري

[3] ق : – خلافهما

باع عبدين بألف أو اشترى بخيار له في أحدهما لم يجز حتى يبين الذي فيه الخيار وثمنه. ولو باع أو اشترى عبداً أو مكيلاً أو موزناً بألف على أنه بالخيار في نصفه [١٥٦/أ] جاز. لأن حصته من الثمن معلومة. ط[2] اشترى عبدين أو ثوبين على أنه بالخيار في أحدهما فأخذ أيهما شاء بعشرة ويرد الأخر جاز في الثوبين والثلاثة استحساناً. والأصوب اشترى أحد العبدين. وكذا في الأربعة فما فوقها عندهما. وفي قول أبي حنيفة اختلاف المشايخ. وكذا إذا لم يوقته أو لم يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين. ثم إذا صحّ وقبضهما فأحدهما مضمون بالثمن والآخر أمانة. فإن هلك أحدهما أو تعيب تعين مبيعاً والآخر أمانة. ولو باع أحدهما على أنه بالخيار في أحدهما يعين المبيع أيهما شاء. ذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً في المجرد لا يجوز.

قال: **ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار. وله أن يجيزه.**

وقال مالك الخيار مشروط للإجازة لعدم الرضا لحكمة. فإن مضت المدة فاتت الإجازة وبطل العقد. وعندنا مشروط للفسخ. لأنه لو كان مشروط للإجازة لتعلقت الإجازة بالخطر. وهو تمليك. فلا يجوز بخلاف الفسخ. فإنه يجوز فيه ما لا يجوز في الإجازة حتى جاز في العبد الحي والميت دون الإجازة. وإذا كان مشروطاً للفسخ و لم يفسخه في المدة تم العقد.

قال: **فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز. وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً.**

أما الإجازة فلأنه إسقاط حقّ نفسه. فلا يعتبر حضور من عليه الحق فيها كالطلاق والعتاق. وأما الفسخ فقال أبو يوسف والشافعي هو كالإجارة اعتباراً بها. ويختار المعتقة والمخيرة والرجعة. ولهما أن الفسخ يصرف على صاحبه بإدخاله المبيع أو الثمن في ملكه. فلا ينفذ بدون علمه دفعاً للضرر عنه وكيلا يؤدي إلى تعزير المشتري. لأنه ربما ينصرف على ظن أن البائع لم يفسخ كالوكيل. لا ينعزل بالعزل بدون علمه بخلاف تلك الخيارات. لأنها كالطلاق. وهو لا يقف وبخلاف الرجعة. لأنه حقّ ينفرد به الزوج. والمراد من الحضرة هي العلم بالفسخ في مدة الخيار. فإن علم فيها صحّ الفسخ وإلا تم البيع.

قال: **وإذا مات من له الخيار بطل خياره. ولم ينتقل إلى ورثته.**

خلاف الشافعي كخيار العيب. ولنا أن الخيار اشتراط رأيه ومشيئته دون رأي ورثته. فيبطل بالموت كسائر أوصافه بخلاف خيار العيب. لأن فيه معنى المال حتى لو سقط من طريق الحكم وجب المال فيورث لهذا.

---

[1] شط : شرح الطحاوي
[2] ط : المحيط

قلت[1] ثم لا بد من معرفة أسباب نفاذ هذا العقد وفسخه في فصول الخيار. **ط**[2] إذا كان الخيار للبائع ينفذ بالإجازة وبموت البائع [١٥٦/ب] ومضى المدة قبل الفسخ والإغماء والجنون وإن أفاق فيها. **شح**[3] فالأصح أنه على خياره. وإن سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج.[4] وإن ارتد فعلى خياره إجماعاً. فلو تصرف بحكم خياره توقف عنده. ونفذ عندهما. وفسخه بأحد أمرين بالقول بأن يقول فسخت بحضرته. وعند غيبته يتوقف على علمه في المدة عندهما. وقال أبو يوسف ينفذ أو بالفعل. وهو أن يتصرف البايع فيه تصرف الملاك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبّر أو كاتب أو علّق فيها فوجد الشرط أو باعه من غيره أو وهب وسلم أو رهن وسلم أو آجر وإن لم يسلم على الأصح. وهذه التصرفات فسخ بغير حضرة المشتري إجماعاً إلا رواية عن محمد. **م**[5] وقبض الثمن ليس بإجازة. وكذا هبته وإنفاقه إلا إذا استبدله بغيره كالدراهم بالدنانير. ولو باع جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية فهبة العبد أو عرضه على البيع إجازة. وعرضها على البيع ليس بفسخ على الأصح. ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه[6] شيئاً أو ساوم به[7] فهو إجازة. ولو توارى المشتري في مدة الخيار ليلزم البيع بعث إليه القاضي من يعذره فإن ظهر وإلا أبطله إلا أن يجيء في المدة. فإن قال الخصم إنّي أعذرتُ إليه وأشهدتُ فتوارى بقول القاضي أشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى منه. فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار. فإن ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والأعذار.[8] وأما إذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور في حقّ البائع وبالتصرف تصرف الملاك.

والأصل فيه أن المشتري متى باشر فيه فعلاً يحتاج إليه للامتحان. ويحل في غير الملك بحال لا يبطل خياره. وإلا فيبطل. فالوطئ إجازة. والاستخدام لا. والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر. والركوب امتحاناً ليس بإجازة وثانياً إجازة.[1] وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند

---

[1] ف : قال

[2] ط : المحيط

[3] شح : شمس الأئمة الحلواني

ر. القاموس المحيط ١/٢٣٢.

[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد

إجازة

محمد. والركوب للرد والسقي والإعلاف إجازة. وقيل إن لم يمكنه بدون الركوب فلا كما في خيار العيب. ولو أمر الغلام بحمل شيء أو حلق رأسه أو غسله أو الجارية بالمشط والدهن واللبس فليس برضا. ولو كان المشتري كتاباً فانتسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره. وإن قلب الأوراق وبالدرس منه يبطل. وقيل على عكسه. وبه أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الشرط [١٥٧/أ] والعيب. شط[1] اشترى غلاماً بخيار فرضي أحدهما لا رد للآخر. وقالا له رد نصيبه. ط[2] ولو كان الخيار للمتعاقدين فمات أحدهما لزم البيع[3] من جهته والآخر على خياره. ولو قال البائع "أجزته بمحضر من المشتري" ثم قال المشتري "قد فسخته بمحضر من البائع" انفسخ. فإن هلك في يد المشتري فعليه الثمن. وإن بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته. ولو تناقضا العقد ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ. ط[4] ولو شرط البائع أو المشتري أو كلاهما الخيار لثالث جاز استحساناً. وثبت الخيار للعاقد ثم يصير الثالث وكيلاً منه. وأيهما أجاز أو نقض صح. وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالسابق أولى. وإن كان معاً فالفسخ أولى عند أبي يوسف. وعند محمد تصرف المشتري أولى نقضاً كان أو إجازة. وقيل الترجيح قول أبي حنيفة. وعند محمد يصحّ في النصف. وينفسخ في النصف لكن لصاحبه الخيار لتفرق الصفقة عليه.[5] ولو أمر رجلاً ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز البيع. ولو أمره مطلقاً فباع وشرط الخيار للآمر والأجنبي صح. ولو أمره بشرط الخيار للمأمور فشرط لنفسه أو للآمر أو للثالث صح. ولو وكله بالشرى توكيلاً صحيحاً فهو على ما ذكرنا من التفاصيل. لكن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع.

٦. ٢. ٢ فصل في خيار الوصف

قال: **ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب فوجده بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار. إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه.**

لأن هذا وصف[6] فيه فيستحق بالشرط. لأنه لم يرض بالمبيع إلا به كوصف السلامة ثم فواته يوجب التخيير دون الفساد لقلة التفاوت في الأغراض كالذكورة والأنوثة في الحيوانات. وإذا أخذه أخذه

---

1 شط : شرح الطحاوي
2 ط : المحيط
3 ف : - البيع
4 ط : المحيط
5 أ : - عليه
6 خيار الوصف المادة

، ذلك

بجميع الثمن. لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن. **جن**[1] الأصل فيه أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا. فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمّى فالعقد فاسد. وإن كان من جنسه فالعقد جائز. ثم إن المشار إليه دون المسمّى كان للمشتري الخيار. وإلا فلا. والثياب أجناس والذكور مع الأنثى في بني آدم جنسان حكماً. وفي سائر الحيوانات جنس واحد. فإذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمّى . فإنما يتعلّق بالمسمّى إذا لم يعلم المشتري به. أما إذا علم به فالعقد يتعلّق بالمشار إليه كمن قال "بعتك هذا الحمار" وأشار إلى العبد يصحّ.[2] اشترى ثوباً على أنه هروي فإذا هو بلخي فالبيع فاسد عندنا. وكذا على أنه كتان فإذا هو قطن أو بيض فإذا هو مصبوغ أو بعصفر فإذا هو بزعفران أو داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن [١٥٧/ب] أو على أن لا بناء فيها أو نخل فإذا فيها بناء أو نخل أو أرضاً على أن أشجارها كلها مثمرة فإذا واحدة منها غير مثمرة فسد البيع فيها. ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذاً هي مولدة بغداد أو غلاماً على أنه تاجر أو كاتب أو غيره فإذا لا يحسنه أو على أنه فحل فإذا هو خصي أو خنثى أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أوعلى أنها ناقة فوجده فحلاً أو على أنه لحم ماعز فوجده لحم ضأن أو على أن الحيوان حامل فوجده غير حامل جاز البيع فيها وأمثالها. وله الخيار. ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة أو حمار أو بعير فإذا هي أتان أو ناقة أو جارية على أنها رتقاء[3] أو حبلى أو ثيب فوجدها بخلافه إلى خير جاز. ولا خيار له فيه وأمثاله إذا وجده على صفة خير من المشروط. **ط**[4] اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على أنها حامل فسد البيع إلا في رواية الحسن. والأصح في الأمة جوازه وعلى أنها حلوب أو لبون جاز وعلى أنها تحلب كذا أو تضع بعد شهر فسد. **جن**[5] باع داره بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخيل. فإذا لبس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري.[6]

: جمع نجم الأئمة البخاري

لسان العرب ١١٤/١٠.

٤ ط : المحيط

٥ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

٦ أ : + والله أعلم بالصواب



٦. ٣ باب خيار الرؤية

قال:[١] **ومن اشترى شيئا**[٢] **ما لم يره فالبيع جائز. وله الخيار إذا رآه. إن شاء أخذه وإن شاء رده.**

وقال الشافعي في أحد قوليه البيع فاسد لنهي النبي ﷺ عن بيع الغدر أي الخطر ولأنه مجهول. ولنا ما روى أبو حنيفة بإسناده ومحمد من قوله ﷺ « **من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه** »[٣] كالثمن ولأنها جهالة لا تفضي إلى المنازعة. لأنها لا تمنع التسليم لتعينه ولأنه لو لم يرضه برده فلا يضره. وكذا إذا قال "رضيت" ثم رآه له الرد. لأن الخيار معلق بالرؤية فلا تثبت قبله. **ط**[٤] وصورته هي بعتك هذا الثوب الذي في كمي أو الدرة التي في كفي أو هذه الجارية المتنقبة ذكر صفته أو لم يذكر.[٥] ولو قال ما في كمي فالأصح هو الجواز. وهذا الخيار غير موقت بخلاف خيار الشرط.

قال: **ومن باع ما لم يره فلا خيار له.**

وفي قول أبي حنيفة الأول له الخيار اعتباراً بالمشتري وكخيار العيب والشرط. ولنا أن عثمان رضي الله عنه باع أرضاً من طلحة رضي الله عنه بالبصرة لم يراها فادعى كلاهما خيار الرؤية وحكما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه بمحضر من الصحابة من غير خلاف. ولأنه معلق بالشراء في النص فلا يثبت دونه. **شق**[٦] **ه**[٧] وهذا الخيار باق ما لم يوجد ما يبطله. وكل ما يبطل خيار الشرط يبطله من تعييب أو تصرف سوى الإجارة قبل الرؤية لعدم الرضا قبل العلم بأوصافه. وله الفسخ قبلها وهو الأصح. ولا يتوقف على

---

[١] الرؤية. فتح القدير ٦/٣٥٥.

[٢] ف، ق : - شيئا

[٣] ابن أبي شيبة **"مصنّف" ٤/٢٦٨**؛ الدارقطني السنن ٣/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٥/٢٦٨**؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

[٤] : وكذلكالعين

[٦] : شرح الأقطع شرح القدوري

[٧] ه : هداية

قضاء ولا رضاء. ولا يصحّ [١٥٨/أ] إلا بمحضر من البائع عندهما خلاف أبي يوسف. والإجازة يصحّ بدونه. ط[1] هـ[2] ثم تصرف المشتري إن كان ممتنع الرفع كالإعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها. لأنه لما تعذر الفسخ بطل الخيار. وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية. ويبطله بعدها لدلالة الرضا. ط[3] وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية. ولو كان إناءً من النقدين أو تبراً أو حلياً مصوغاً فله الخيار.[4] ولو تبايعا عيناً بعين فلهما الخيار.

قوله: **ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو وجه الدابة وكفلها فلا خيار له.**

والأصل في هذا أن رؤية كل المبيع ليست بشرط لتعذرها فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. ط[5] وإن لم يعرف حال غيره لأنه تبع له فيكون مرئياً تبعاً. هـ[6] ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون. ط[7] والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض. هـ[8] وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردى مما رأى فله الخيار فيه. وإن كان يتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض منها عند الكرخي. والأصح أنها كالمكيلات إذا ثبت هذا نقول النظر إلى وجه الصبرة يعرف وصف البقية. لأنها يُعرض بالنموذج. وكذا النظر إلى ظاهر الثوب إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم. قيل أراد النظر إلى مواضع الطي منه والوجه هو المقصود في الأدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود لا رؤية غيره. ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم رؤية القوائم. ط[9] في الدواب يعتبر مقدمها ومؤخرها. وعن محمد مؤخرها. وعن أبي حنيفة في البرذون[10] والحمار والبغل يكفي أن يرى شيئاً منه إلا الحافر والذنب والناصية. وفي شاة اللحم لا بد من الحبس ليعلم سمنها. وفي شاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها

الرؤية. المحيط

[10] يُطلق على غير العربي من الخيل والبغال. البرذون الدابة معروف وسيرته البرذنة والأنثى برذونة. المعجم الوسيط ٤٨/١.

وفيما يطعم من الذوق.[1] **ك**[2] فأما الثياب والطعام المختلف فرؤية بعض ما في الأوعية لا يسقط الخيار في الباقي. **ط**[3] اشترى بساطاً فله الخيار حتى يرى جميعه وما كان له وجهان من الثياب وغيره يشترط رؤية كلي الوجهين. ولو نظر إلى ظهور المكاعب لا يبطل. ولو نظر إلى وجوهها دون الضرم يبطل. قلت[4] وينبغي أن يشترط رؤية الضرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً. [١٥٨/ب]

قال: **وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها.**

وقال زفر لا بد من رؤية داخل البيوت. **ه**[5] والأصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الأبنية. فإن بيوتهم خصوصاً بكوفة كانت على تقطيع واحد. **ط**[6] فأما ألآن فهي مختلفة. فالأصح ما قاله زفر. وقال الحسن لا يبطل الخيار حتى يدخلها ويتأمل جوانبها وسقفها.[7] وقيل يعتبر رؤية المقصود منها كالقيطون[8] والطرز[9] وبيت الطابَق[10] دون المطبخ[11] والمزبلة والعلو[12] وقيل رؤية الكل شرط. وهو الأظهر والأشبه. ويكفي في البستان رؤية رؤوس الأشجار. وهذا عندهم وفي بلادنا رؤية داخل الكرم شرط. **شط**[13] وفي الكيلي والوزني في وعائين رؤية أحدهما لا يكفي عند أئمة بلخ. وعند أهل العراق تكون بناء على تلك الصفة. فإن قال المشتري "لم أجد الباقي على تلك الصفة" وكذبه البائع فالقول له. والبينة على المشتري. وعن محمد رؤية ما في أحد البيتين كرؤية ما في الآخر إذا كان طعاماً واحداً. **جت**[14] في عنب

---

[1] [illegible] ذلك. فتح القدير ٦/٣٤٤.

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[3] [illegible]

[4] [illegible]

[5] [illegible]

[6] [illegible]

[7] [illegible]

[8] [illegible] بيت. القيطون بيت توضع فيه الأمتعة. جامع الفصولين ٢/٧٨.

[9] الطرز البز والهيئة والطرز بيت إلى الطول فارسي وقيل هو البيت الصيفي. لسان العرب ٥/٣٧٨.

[10] الطابَق العظيمُ من الزُّجاج ومنه بيتُ الطابَق. المغرب في ترتيب المعرب [illegible]

[11] [illegible] كذا. الفتاوى الهندية ٦/٢٨٩.

[12] ق : العلو

[13] شط : شرح الطحاوي

[14] جت : جمع التفاريق للبقالي

الكرم أن يرى من كل نوع شيئاً. وفي النخل أن يرى نوعها منها. وفي الرمان من الحامض والحلو. **ه**[1] نظر الوكيل بالقبض كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب. ولا يكون نظر الرسول كنظره. وقالا هما سواء. وله أن يرده. لأنه توكيل بالقبض دون إسقاط الخيار. فلا يملك ما لم يتوكل كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً. وله أن موكله يملك القبض التام مع رؤية والناقص مستوراً. فكذا وكيله. فإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقض فلا يملك إسقاطه قصداً لهذا بخلاف خيار العيب. فإنه لا يمنع تمام الصفقة. وخيار الشرط على الخلاف وبخلاف الرسول. لأنه لا يملك شيئاً. وإنما إليه تبليغ الرسالة. ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولاً في البيع. **قخ**[2] يصحّ التوكيل برؤية ما اشتراه فيلزم العقدان رضي ويفسخ إن شاء **شب**[3] لا يصحّ.

قال: **وبيع الأعمى وشراؤه جائز. وله الخيار إذا اشترى.**

وقال الشافعي إن[4] ولد أعمى فبيعه وشراؤه باطل. وإن عمى بعده فشراؤه جائز لما كان رآه وتقليبه وحبسه بمنزلة نظر[5] الصحيح لما مر. ولنا ما روي عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه أنه كان ضريراً[6] وما منع النبي عليه السلام والخلفاء رضي الله عنهم بعده العميان عن البياعات. وقد عمى العباس وابنه وجابر وابن عمر رضي الله عنهم وما منعوا ولا امتنعوا عنها. ولا خيار له فيما باع عند أبي حنيفة.

قال: **ويسقط خياره بأن يجسّ** [١٥٨/أ][7] **المبيع إذا كان يعرف بالجسّ ويشمّه إذا كان يعرف بالشمّ ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق.**

كما في البصير.

قال: **ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له.**

لأن الوصف يقام مقام الرؤية كالسلم. **ك**[8] وعن محمد في الثياب والحنطة يعتبر اللمس. وفي المذوق الذوق إلا إذا كان الثمار علي النخل فوصف له جاز. وفي العقار والدور في بعض الروايات يوصف له. وقيل يلمس الحائط والبنيان. وعن أبي يوسف إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه فقال "رضيت"

---

[1] ه : هداية
[2] قخ : قاضي خان
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] ق : إذا
[5] أ : - نظر
[6] الضرير الذاهب البصر. القاموس المحيط ١/٥٥٠.
[7] رقم ١٥٨ مكرر في نسخة أ.
[8] ك : الكفاية للبيهقي

سقط خياره. وهذا بعيد ففي الجملة ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر اشترى ما وصف له ثم أبصر لا خيار له. ولو اشترى البصير ما لم يره ثم عمى انتقل إلى الصفة. **هـ**[1] وقال الحسن **ط**[2] وعن أبي حنيفة أنه يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه.

٦. ٣. ١ فصل في بيع الفضولي

قال: **ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار. إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ.**

وقال الشافعي لا ينعقد كمن اشترى له شيئاً بدراهم له في يده. ولنا ما روي « **أنه ﷺ أعطى عروة البارقي رضي الله عنه ديناراً. فأمره أن يشتري له أضحية. فاشترى شاتين. وباع أحدهما بدينار. وجاء بدينار وشاة. وقال "يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتك." فقال ﷺ "كيف صنعت" فحدثه. فقال "اللهم بارك له في صفقة يمنه." وأعطى ﷺ لحكيم بن حزام**[3] **رضي الله عنه ديناراً لشراء الأضحية فاشتراها بدينار. ثم باعها بدينارين واشترى أضحية بدينار فجاء بها وبالدينار فدعا له النبي ﷺ وتصدق بالدينار وأجاز ما صنع** »[4]

ولأنه عقد له مجيز. ولا ضرر في التوقف فجاز أن يقف على إجازته كالوصية. وأما النقض فعندنا يقف أيضاً إذا وجب البائع البيع لصاحب المال. وإن أطلق فقد وجد نفاذاً على المشتري فلا يقف. فإن العقد إنما يقف إذا لم يصادف نفاذاً. **ط**[5] اشترى شيئاً لغيره أمره فهو له. ولا يعمل إجازة المشترى له. وأصله أن شراء الفضولي أنما يتوقف على الإجازة إذا لم يجد نفاذاً على المشتري كالعبد والصبي والمحجورين. وهذا إذا لم يُضف العقد إليه. أما إذا أضيف إليه بأن يقول البائع "بعته من فلان" فقال الفضولي "اشتريته له" أو لم يقل له أو قال له الفضولي "بع عبدك من فلان بكذا" فقال "بعت" فقال الفضولي "اشتريته له" أو قبلته له أو لم يقل له يتوقف. ويعمل إجازة المشتري له. ولو قال المالك "بعت منك هذا العبد لأجل فلان" أو قال الفضولي "اشتريته منك لأجل فلان" فقبل الآخر نفذ على [١٥٨/ب]

الزركلي الأعلام ٢/٢٦٩.

[4] أبو داود السنن "**بيوع**" ٢٧؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٤.

[5] ط : المحيط

المشتري و لم يتوقف. خك[1] إذا كان الفضولي من أهل النفاذ ينفذ عليه. ولا يقف وإن أضاف الشراء إلى المشتري له.[2] ط[3] وقيل الصحيح أنه يتوقف إذا أضاف الشراء إلى المشترا له.

قال: **وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما.**

لأن العقد يتم بالإجازة فكان بمنزلة القبول. والقبول لا يصحّ إلا مع بقاء جميع ذلك. فكذا الإجازة. ولأنه يحتاج فيه إلى محل الملك والحقوق. طح[4] الفضولي با ع مال الغير بثمن لا يتعين بالتعيين. فإنما تلحقه الإجازة بقيام الأربعة المتعاقدين والمالك والمبيع فيجوز. والبائع كالوكيل للمجيز والثمن للمشتري إن كان قائماً. وإن هلك في يد البائع هلك أمانة. وإن باعه بثمن يتعين بالتعيين يشترط قيام الثمن مع ذلك. وههنا الثمن للبائع دون المجيز. ويرجع المجيز عليه بقيمة ماله إن كان من ذوات القيم. وإلا فبمثله. وفي النكاح لا يحتاج إلى بقاء الفضولي. لأن حقوقه لا ترجع إليه. ولو غصب حيواناً فباعه وأجاز المالك البيع ولا يعلم حال المغصوب جاز حتى يعلم أنه أتلف عند محمد. وقال أبو يوسف البيع فاسد حتى يعلم حياته. ولو با ع الفضولي نصف الدار المشتركة بين رجلين ينصرف إلى نصيبهما. فإن أجاز أحدهما صحّ في نصفه. وقال محمد وزفر البيع جائز في ربعها. خك[5] با ع أحد الفضوليين عبده من رجل وباعه الآخر من آخر أو باعه الفضولي من رجل ثم من آخر فبلغه فأجاز العقدين تنصف العقدان. وكذا الوكيلان بانفرادهما. وقال الكرخي هذا إذا وجدا معاً أو على التعاقب ينقض الثاني الأول. والأول أصح. ولو باعها الفضولي بألف. وزوجها فضولي آخر من آخر بمائة دينار فأجازهما المالك جاز البيع. وبطل النكاح. ولو أعتقها فضولي أو كاتبها وباعها الآخر فأجازهما معاً جاز العتق والكتابة وبطل البيع. ولو اجتمع الهبة والتسليم والبيع تنصف وفي الدار بطلا عند أبي حنيفة خلافهما. وكذا الهبة مع الصدقة. ولو اجتمع البيع والرهن فالبيع أولى. ولو كانا رهنين في دار أو عبد بطلا. وإذا اجتمع البيع والإجارة فالبيع أولى. وإذا اجتمع الرهن والإجارة فالإجارة أولى. ولو اشتراه فادعاه رجل وأقام البينة ثم أجاز شراءه قبل القضاء أو بعده قبل القبض جاز وبعده بطل عند أبي يوسف. با ع الغاصب قائماً يصحّ إجازة المالك إن قدر على أخذه با ع عبد غيره فقال مالكه "أحسنت وأصبت ووفقت" فليس بإجازة. وله [١٥٩/أ] الرد وقبض الثمن إجازة. وكذا لو قال "كفيتني[6] مؤنة البيع وأحسنت فجزاك الله خيراً" فله الرد. وقيل جاز البيع فيها استحساناً. م[7] قوله "بئس ما

---

[1] خك : خلاصة الأكمل
[2] ف : – له
[3] ط : المحيط
[4] طح : الطحاوي
[5] خك : خلاصة الأكمل
[6] ف : – كفيتني
[7] م : المنتقى للحاكم الشهيد

صنعت" إجازة. ولو قال للبائع "قد وهبت لك الثمن أو تصدقت به عليك" والثمن قائم فهو إجازة. والاستيلاد لا يمنع الإجازة. ولا عقر عليه ولا قيمة الولدان أجاز قال "فلان باع عبدك مني" فقال "إن كان باعك بمائة درهم أجزت." فإن كان باعه بمائة أو أكثر جاز. وإن باعه بأقل أو بألف دينار أو غيره لم يجز. فيعتبر فيه النوع والوصف.

قال: **ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز أن يردهما.**

لما مر أن رؤية أحدهما لا يكون رؤية الآخر. فله الخيار فيما لم يره. لكن لا يرده وحده كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام. لأنه لم يتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط. ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل كخيار العيب قبل القبض.

قال: **ومن مات وله خيار رؤية بطل خياره.**

لما مر في خيار الشرط.

قال: **ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة. فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له.**

لأن العلم بأوصافه حاصل فقد اشترى ما يعرفه.

قال: **وإن وجده متغيراً فله الخيار.**

لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة[١] بأوصافه فكأنه لم يره. هـ[٢] وإن اختلفا في التغيير فالقول قول البائع. لأن التغيير حادث. وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا طالت المدة على ما قالوا. لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية. لأنها أمر حادث والمشتري ينكره. فالقول له. هـ[٣] ولو اشترى عدل زُطِّيٍّ[٤] لم يره فباع ثوباً منه سقط خياره.[٥] ك[٦] الأصل إن كان موضع ينفسخ العقد يقول المشتري وجده من غير قضاء ولا رضاء كالرد بخيار الرؤية والشرط فالقول قوله. وفي كل موضع لا ينفسخ إلا برضاء أو قضاء فالقول للبائع كالرد بالعيب. لأن الخلاف في الأولى فيما يستحقه البائع فيكون مدعياً. وفي الثاني يدعي حقّ الفسخ عليه شرى المغيب. ك[٧] اشترى جزراً أو بصلاً أو أصول الزعفران في الأرض فله الخيار ما لم ير

---

١ ف : معلومة
٢ ه : هداية
٣ ه : هداية
٤ الزُّطُّ جيل من الناس الواحد زُطِّي. الجوهري الصحاح

الرؤية. المبسوط ٤٢٩/١٥.

٦ ك : الكفاية للبيهقي
٧ ك : الكفاية للبيهقي

جميعه عند أبي حنيفة. وعندهما إذا قلع شيئاً يستدل به على الباقي فرضي[1] فلا خيار له. وعن أبي يوسف هذا إذا كان لما رأى قدر من الكيل أو الوزن أو الثمن فيما ليس بمقدر. فأما إذا لم يكن فخياره باق.[2] ثم اعتبر القلع بإذن البائع. لأنه إذا لم يكن بإذنه وإنه نقض في المقلوع فأسقط الخيار. ولو قال المشتري "أخاف إن أقلعته لا يصلح لي" وقال البائع "أخاف [١٥٩/ب] إن أقلعته لا ترضى به" فمن رضى تطوعاً يعتبر. وإلا يفسخ. لأن حقّ كل واحد معتبر. والله أعلم.[3]

---

[1] أ : ورضي

[2] أ : باقي

[3] ف، ق : - والله أعلم



٦. ٤ باب خيار العيب

قال:[1] **إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار. إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده. وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان.**

لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخيّر كيلا يتضرر بلزومه ما لا يرضى به. وليس له أخذ النقصان. لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن. ولأن البائع لم يرض بزواله من ملكه بأقل من المشتري فتضرر به. ودفع الضرر من المشتري ممكن بالرد. والمراد عيب كان عند البائع و لم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض.

قال: **وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.**

لأن التضرر بنقصان المالية. وذلك بانتقاص القيمة. والمرجع في معرفته عرف[2] أهله.

قال: **والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ. فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد[3] البلوغ.**

قلت أراد به المصنف حتى يعاوده بعد البلوغ عند البائع. وإليه أشار في **شط**[4] ونص عليه في **ط**[1] **ه**[2] يعني إذا ظهرت هذه العيوب عند البائع في صغيرة ثم حدثت عند المشتري في صغيرة يرد. لأنه عين ذلك.

الله. البحر الرائق ٦/٣٨.

٢ أ : عرف عرف

٣ ف : عند

٤ شط : شرح الطحاوي

وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده. لأنه غيره إلا إذا عاوده بعد البلوغ عند البائع. فحينئذ يكون عينه. وأصله أن هذه الأشياء تختلف بالصغر والكبر. فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة. وفي الكبر لداء في الباطن. والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة. وهما في الكبر لخبث في الباطن. وذكر في **ك**[3] **شق**[4] ما يدل على أن المعاودة بعد البلوغ عند البائع ليس بشرط للرد. فإنه قال هذه الأفعال من عادة الصبيان. فإذا امتنع منها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيباً ولا يرده. فإن عاوده تبينا أنه كان يفعله طبقاً لإعادة. وذلك عيب فيرده به. **ه**[5] والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضالّ لا آبق. **ك**[6] سرقة الصبي وبوله في الفراش قبل أن يأكل ويشرب وحده ليس بعيب لتعذر الامتناع. والجنون في الصغر عيب أبداً. لأنه خلقي.[7] **ط**[8] وتكلموا في مقداره فقال ساعة عيب. وقيل أكثر من يوم وليلة. وقيل المطبق دون غيره. وقيل سرقة ما دون الدرهم ليس بعيب. وعيب السرقة لا يختلف بين المولى وغيره إلا فيما يسرق للأكل من المولى. **شط**[9] قيل الإباق أن يستخفى من مولاه تمرداً. [١٦٠/أ] وقيل لو أبق من محلة إلى محلة فليس بإباق. وكذا من القرية إلى المصر ومن المصر إلى القرية إباق. **ط**[10] معاودة الجنون في يد المشتري. **شط**[11] كذا ذكره في **ص**[12] **خك**.[13] وفي **م**[14] **شب**[15] **شح**[16] ليس بشرط وفيما عداه من السرقة والإباق والبول في الفراش. **شح**[17] ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري. وقيل يشترط. وهو الصحيح. وقيل شرط بلا خلاف بين المشايخ. وكذا ذكر في عامة الروايات. وفي بعضها ليس بشرط.

---

[1] ط : المحيط
[2] ه : هداية
[3] ك : الكفاية للبيهقي
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] ه : هداية
[6] ك : الكفاية للبيهقي
[7] ق : خلق
[8] ط : المحيط
[9] شط : شرح الطحاوي
[10] ط : المحيط
[11] شط : شرح الطحاوي
[12] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[13] خك : خلاصة الأكمل
[14] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[15] شب : شرح بكر خواهر زاده
[16] شح : شمس الأئمة الحلواني
[17] شح : شمس الأئمة الحلواني

قال: **والبخَر[1] والدفَر عيب في الجارية. وليس بعيب في الغلام إلا أن يكون من داء أو يكون فاحشاً.**

لأنه قد يكون الاستفراش مقصوداً من الجارية وهما يخلان به. والمقصود من الغلام الاستخدام. ولا يخلان به. أما الفاحش فإنه يخل به. وأما إذا كان من داء فلأن الداء عيب في نفسه.

قال: **والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام.**

لأنه يخل المقصود من الجارية. وهو الاستفراش. ولا يخل بالمقصود من الغلام. وهو الاستخدام إلا أن يكون عادة له. لأن إتباعهن يخل[2] بالخدمة. ط[3] اشترى جارية زنت عند البائع فله الرد وإن لم تزن عنده. جت[4] لو كان أبوها أو جدها لغير رشدة فهو عيب. وعن محمد ذلك عندي في الجواري اللاتي يتخذن أمهات أولاد. وفي غيرهن تعتبر عادة النخاسين.[5] ط[6] قيل كثرة الأكل في الجواري عيب. والنكاح أو الدين أو الكفر عيب فيهما. وانقطاع الحيض عيب في البالغة. لكن لا يسمع دعواه ما لم يدع انقطاعه بالحبل أو الداء والاستحاضة عيب. ولا تقبل قول الأمة في الفصلين إلا رواية عن محمد. جن[7] مج[8] ولم يرد في ذلك تقدير عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي النصاب وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام ثم رجع. وقال شهران وخمسة أيام. وعن أبي حنيفة سنتان. وعن أبي يوسف ثلاثة أشهر من وقت الشراء يسمع. وفي الأقل لا يسمع. والفتوى على الأول. ولو ادعى أنها مرتفعة الحيض عند البائع يسمع في الحال. ولا تقبل بينة عليه. وتقبل في الاستحاضة. لأنها تعاين. قالت امرأة هي حُبلى. وقالت امرأتان ليست بحبلى. يتوجه الخصومة على البائع بقولها. ولو زعمها البائع جاهلة يختار الحاكم عادله. وعن أبي محمد الْكُفِينِيِّ[9] إنما يسمع القاضي دعوى الإنقطاع في مدة كثيرة. شس[10] وهو أن لا ترى في عادتها مرة عند البائع صبق[11] شهران. ص[12] الاستحاضة إذا دامت ستة أشهر عيب والعذرة عن الطلاق الرجعي دون البائن. والبخر وهو انتفاخ

---

[1] ق : – والبخر
[2] أ : مخل
[3] ط : المحيط
[4] جت : جمع التفاريق للبقالي
[5] النخاس بائع الدواب سمي بذلك لنخسه إياها حتى تنشط وحرفته النخاسة والنخاسة وقد يسمى بائع الرقيق نخاسا. لسان العرب ٢٢٨/٦.
[6] ط : المحيط
[7] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[8] مجد : مجد الأئمة
[9] نسبة إلى كفين وهي من قرى بخارى أو موضع ببخارى. القرشي الجواهر المضيه ٢٩١/١.
[10] شس : شرح السرخسي
[11] صبق : صلاة البقالي
[12] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

تحت السرة والأذر والعسر والسن السوداء والخضراء [١٦٠/ب] والصفراء. في بعض الروايات والسن الساقطة ضرساً أو غيره والسلعة والكي[1] إلا السمة في الدواب[2] والشتر[3] والجرب[4] والفحج.[5] وهو في الأدمي تقارب صدور قدميه وتباعد عقبيه. والفَدَع[6] وهو معوج الرسغ والعشاة. وهو ضعف في البصر والشدق. وهو توسع مفرط في الفم والعنة والخصا عيب. والظفر الأسود[7] والثؤلول.[8] والخال[9] إذا كان ينقص الثمن عيب. **جن**[10] اشترى هندية أو تركية لا تحسن لغتها إن عدّة التجار عيباً فعيب. وإن قبضها المشتري و لم يعلم أنه عيب ثم علم إن كان عيباً بيّناً لا يخفى على الناس كالعور ليس له الرد. **ط**[11] **جن**[12] اشترى غلاماً به ورم فقال البائع إنه حديث الإصابة ضربه أو باعه على أنه حديث أو قال إن كان قديماً فجوابه عليّ ثم ظهر أنه قديم ليس له الرد. وعن المرغيناني باع فرساً به قرحة فقال البائع هي غير الخنام فاشتراه على ذلك ثم ظهر أنه أثر الخنام ليس له الرد[13] فاشترى جارية بها قرحة و لم يعلم أنها عيب. ثم علم فله الرد. والصحيح

لسان العرب

. الجوهري الصحاح ١/٣٥٤.

٤ الجرب داء جلدي. الجوهري الصحاح

السواد. الفتاوى الهندية ٣/٦٩.

٦ الفدع مصدر الأفدع وهو المعوج الرسغ من اليد أو الرجل. طلبة الطلبة

طلبة الطلبة

: جمع نجم الأئمة البخاري

١١ ط : المحيط

١٢ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

عليه. مجمع الضمانات ١/٤٩٨.

أنه إن كان عيباً بيناً[1] امتنع الرد. وإلا فلا. ومن جنسها باع سويقاً ملتوتاً على أن فيه كذا مُن من السمن أو صابوناً على أن فيه كذا من الدهن أو قميصاً على أنه اتخذ من عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه فظهر خلافه فلا خيار له. جن[2] جع[3] والتحنث والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيرها من الذنوب عيب. وقيل التحنث إذا فحش أو يأتي بأفعال ردية فعيب. وإلا فلا. جن[4] كل عيب يتمكن المشتري من إزالته بدون المشقة. ولا ينقص به المبيع كإحرام الجارية ونجاسة الثوب لا خيار له. وجد البقرة قليلة الأكل له الرد والعثور في الدواب إن كان كثيراً فاحشاً فله الرد. وإلا فلا. وكذا أكل العذرات. اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيق إن كان خارج العادة فله الرد. ولو كان الخف لا يسع في رجله وقد اشتراه للبسه فله الرد. وإلا فلا. وقيل عيب في الحالين. اشترى حنطة ووجد فيها تراباً معتاداً لا يرد ولا يرجع بشيء. وإلا فله الرد. وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته. ولو خلطه بها بعد التميز وانتقص الكيل أو الوزن بالتنقية امتنع الرد. وله نقصان العيب. وإلا فلا. ط[5] وجد الجارية دميمة أو سوداء لم يرد. وإن كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها ولا قبحها فله الرد. وإن امتنع الرد يرجع بفضل ما بين قيمتها قبيحة غير محترقة ومحترقة. اشترى داراً ليس لها مسيل أو أرضاً ليس لها شرب أو [١٦١/أ] مرتفعة لا تسقى إلا بالسكن[6] فله الرد.

قال: **وإذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب. ولا يرد المبيع إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه.**

وقال مالك يرده مع أرش العيب نظراً للجانبين. ولنا أن المبيع خرج من ملكه بعيب. فلا يجوز رده بعيبين إلا برضاه. فإن لم يرض لزمه الأرش تداركاً لحق المشتري. وإن رضي ليس للمشتري أن يمسكه ويأخذ النقصان.

قال: **فإن قطع المستري[7] الثوب وخاطه أو صبغه أو لتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه. وليس للبائع أن يأخذه.**

لأن الزيادة من المشتري بمنع الرد. لأنه إما أن يرد بدونها ولا سبيل إليه. لأنها لا تنفك عنه أو يرد معها ولا وجه إليه. لأنها ليست بمبيعة فامتنع الرد أصلاً فيرجع بنقصان العيب دفعاً لضرره. وليس للبائع أن

---

[1] أ : - بينا
[2] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[3] جع : جمع العلوم للبقالي
[4] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[5] ط : المحيط
[6] أ، ق : بالسكر
[7] ف، ق : - المشتري

يأخذه. لأن امتناع الرد هنا لحق المشتري. فرضاء البائع لا يسقط حقه. هـ[1] لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه. فإن باعه المشتري بعدما رأى العيب رجع بالنقصان. لأن الرد ممتنع قبله أصلاً. فلا يكون بالبيع حابساً المبيع ولهذا قلنا من اشترى ثوباً وقطعه لولده الصغير وخاطه ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان. وفي الكبير يرجع. لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة. وفي الثاني بعدها. ط[2] أصل هذه المسائل إن تغير المبيع بالنقصان أو الزيادة. أما النقصان بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو غيره يمنع الرد على البائع إلا برضاه. وله الأخذ إلا إذا نقص بفعل الأجنبي الموجب للأرش كقطع اليد ونحوه أو بفعل البائع.

وأما الزيادة فنوعان متصلة ومنفصلة. والمتصلة نوعان. غير متولدة من المبيع كالصبغ ونحوه. وإنه يمنع الرد بالعيب إجماعاً وإن قال أقبله كذلك. ومتولدة منه كالسمن والجمال وانجلاء البياض وإنبات السن منع الرد في ظاهر الرواية. فإن طلب نقصان العيب فقال البائع "رده عليّ وخذ جميع الثمن" ليس له ذلك عندهما خلاف محمد.

وأما المنفصلة فنوعان. متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن أو في معناها كالأرش والعقر. وإنها تمنع فنوعان. متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن أو في معناها كالأرش والعقر. وإنها تمنع الرد بالبيع والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا. وغير متولدة منه كالكسب والغلة. وهي لا تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ. طح[3] اشترط كاتباً أو خبازاً فنسي الحرفة ثم ظهر به عيب فله الرد. ولو اشترى تمراً بالري فحمله إلى الكوفة لم يرده إلا في ذلك المكان. قال محمد بخلاف الجارية.[4]

قال: **ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه.**

[١٦١/ب] أما الموت فلأن الملك ينتهي به. والامتناع حكمي لا بفعله. وأما الإعتاق فالقياس أن لا يرجع لفعله كالقتل. وفي الاستحسان يرجع. لأن العتق إنهاء الملك. لأن الآدمي ما خلق في الأصل للملك. وإنما ثبت الملك فيه موقتاً إلى الإعتاق. وكان إنهاءً فصار كالموت والتدبير والاستيلاد بمنزلته لامتناع الرد بالأمر الحكمي. وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء. لأنه حبس بدله. وعن أبي حنيفة يرجع. لأنه إنهاء للملك.

قال: **فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع عليه[5] بشيء في قول أبي حنيفة.**

عليه

أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية.

قال: **وعن أبي يوسف[1] يرجع**

كالموت. لأنه لا يتعلّق به حكم دنياوي.[2] ولنا أن القتل لا يوجد إلا مضموناً. وإنما يسقط للضمان هنا باعتبار الملك. فكأنه اعتاض منه بخلاف الإعتاق. لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً وإعتاق الوكيل.[3] وأما الأكل فيرجع عندهما. وبه الشافعي وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهم أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق. وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون عليه في المبيع فأشبه البيع والقتل. ه[4] وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك عند أبي حنيفة. لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض. وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل. وعنهما أنه يرد ما بقى. لأنه لا يضره التبعيض. جش[5] أكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه. ويرد ما بقى عند محمد. وبه يفتى. وإن باع نصفه لا يرجع بنقصانه. ويرد ما بقى عنده. وبه يفتى أيضاً. ولو اشترى طعاماً فأطعمه ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفة لا يرجع بشيء. وإن أطعم عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع. لأنه ملكه باق. ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه من رد ما بقى. ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار. ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقرّ البائع أنه كان وقع فيه فأرة رجع بنقصان العيب عندهما. وبه يفتى. ك[6] وكل تصرف يُسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب إذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا أرش. لأنه كالرضى به. صغر[7] اشترى طعاماً في وعاءٍ واحدٍ وباع نصفه لا يرد إلا رواية عن أبي يوسف. وفي وعاءين إذا باع أحدهما ثم وجد بهما أو بالثاني عيباً فله الرد كالعبدين.

قال: **ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبله بقضاء قاض فله أن يرده على بائعه. وإن قبله بغير قضاء قاض فليس له أن يرده.**

كبيعه. البحر الرائق ٥٨/٦.

[4] ه : هداية

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] ك : الكفاية للبيهقي

[7] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

وقال الشافعي يرده كالقضاء. ولنا أن الأول فسخ من الأصل[1] [١٦٢/أ] وعود على حكم الملك الأول حتى لم يتعلّق به شفعة. وإذا عاد إليه بقبوله بغير قضاء كان تمليكاً مبتدأً فصار كما لو[2] عاد إليه بالوصية. هـ[3] وإن قبل بقضاءٍ بإقرارٍ أو ببينةٍ أو باليمين[4] فله الرد. ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة. شق[5] اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فله رده دون الصحيح. وإن كان قبل القبض يردهما أو يمسكهما. وقال زفر والشافعي يردهما أو يمسكهما دفعاً لضرر تفريق الصفقة. ولنا أن العقد وقع عليهما. وسبب الرد وجد في أحدهما[6] فتم العقد في الآخر كما لو ثبت[7] العقد في أحدهما وشرط الخيار في الآخر بخلاف ما قبل القبض. لأنه لم يتم الصفقة فرد أحدهما يؤدي إلى تفريق الصفقة في الإتمام. وإنه ممتنع كقبول العبد في أحدهما. ولو كان زوجي خف أو مصراعي باب ونحوهما لم يكن له إلا ردهما أو إمساكهما في الحالين.[8] لأن التفريق يوجب عيباً في كليهما فيرده مع عيب حادث. ولو اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاءً أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً. فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله. لأن البيع باطل. ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره.[9] لأن ماليته باعتبار[10] اللب. وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده. لأن الكسر عيب حادث. لكنه يرجع بنقصان العيب. وقال الشافعي يرده. لأن الكسر بتسليطه في ملك المشتري لم يعتبر كما لو كان ثوباً فقطعه. ولو وجد بعضه فاسداً[11] فإن كان قليلاً جاز البيع استحساناً. لأنه لا يخلو عنه الجوز. وإن كان كثيراً بطل ورجع بكل الثمن. لأنه جمع بين المال وغيره كالحر[12] والعبد.

قال: **وإذا اشتري عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب ويعدها**.

---

[1] ف : - من الأصل
[2] ف : - لو
[3] ه : هداية
[4] أ : بإباءِ يمينٍ
[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[6] [illegible]
[7] [illegible]
[8] [illegible]
[9] [illegible] الكل. المبسوط [illegible]
[10] [illegible]
[11] [illegible]
[12] [illegible] كالحر

وقال الشافعي لا يصحّ البراءة وفسد العقد. لأن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصحّ عنده. لأن فيه معنى التمليك. ولهذا يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصحّ. ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا يفضي إلى المنازعة. وإن تضمن تمليكاً لعدم الحاجة إلى التسليم فصار كالطلاق والعتاق.[1] شق[2] دلّ عليه « **أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في مواريث دُرِست فقال لهما استَهِما وتَوَخَّيا الحقَّ ولْيُحلِّل كل واحد منكما صاحبه** »[3] وفيه إجماع المسلمين أيضاً. لأن كل من حضره الموت[4] في كافة الأعصار استحل من معاملاته من غير نكير. هـ[5] ويدخل في هذه البراءة[6] العيب الموجود والحادث قبل القبض عند أبي يوسف. وقال محمد [١٦٢/ب] وزفر لا يدخل الحادث. ط[7] والخلاف بناء على أن شرط البراءة من عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصحّ عند أبي يوسف خلاف محمد. ولو شرط أنه برئ من كل عيب به لم يدخل الحادث إجماعاً. ولو اختلفا في حدوثه فالقول قول المشتري. وكذا في البراءة العامة عند زفر والحسن خلاف محمد. وكذا إذا اختلفا في ازدياد ذلك العيب فالقول قول المشتري. ولو خص ضرباً من العيوب صحّ التخصيص. ولو قال "أبرأتك عن كل عيب بعينه" فإذاً هو أعور لا يبرأ. لأنه عدم المخل لا عيب به. ولو قال "أنا برئ من كل عيب إلا إباقة" برئ من إباقه. ولو قال "إلا الإباق" فله الرد بالإباق. ولو قال "أنت برئ من كل حق لي[8] قبلك" هـ[9] دخل العيب هو المختار دون الدرك. جت[10] شرط البراءة من عيب فظهر به عيبان رده بأيهما شاء عند محمد. وعند أبي يوسف الخيار للبائع. وقطع الأصبع عيب.[11] والأصبعان عيبان. والأصابع مع[12] نصف الكف عيب واحد. وقيل في البيع على أنه معيوب أنه براءة تبرأ من الخروق دخل الرقع والرفو فيها.[13] ولو تبرأ من كل سن سوداء دخل الحمراء والخضراء. ولو تبرأ من كل قرح دخل القروح الدامية وآثارها.

---

١ ف : - والعتاق
٢ شق : شرح الأقطع شرح القدوري
٣ الدارقطني السنن **٤/٢٣٨**؛ البيهقي **"السنن الكبرى"**

: جمع التفاريق للبقالي

الدامية. فتح القدير. **٦/٤٠٠**.

٦ . ٤ . ١ فصل في مسائل منثورة شق[1]

كيفية الرد بالعيب العيب إذا كان مشاهداً. وهو فما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة والناقصة يُقضى برده. وإن كان فما يحدث كالقروح والأمراض. واختلفا في حدوثه فالبينة بينة المشتري. لأنه تثبت بالخيار.[2] والقول للبائع لإنكاره. ويحلف على البتات بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب.[3] وإن كان[4] لا يشاهد كالعيوب الباطنة والأفعال الردية يسأل البائع هل به هذا العيب الآن؟ فإن جحده فلا خصومة حتى يقيم المشتري بينة عليه. فإن طلب يمينه يحلف بالعلم بالله ما تعلم أن هذا العيب موجود به. فإن نكل أو أقر وقامت بينة فعلى التفصيل الذي بينا. جن[5] ادعى البائع سقوط حقّ الرد فالقول للمشتري مع يمينه إن طلبها البائع باتفاق الروايات. وإلا لا يحلف. وعن أبي يوسف يحلف بالله ما علم العيب حين اشتراه ولا رضي به ولا عرض على بيع. وعن أبي حنيفة لا[6] أُحلفه حتى يدعي البائع. ذلك واجب إلى أن استحلفه. وإن لم يدع أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه نصاً ولا دلالة هو الصحيح. ومتى ادعى المشتري عيباً لا يجبر بدفع الثمن حتى يقيم بينة أو يحلف البائع. ولو قال شهودي بالشام[7] يجبر على الدفع.[8] ز[9] قال القاتل "لي بينة حاضرة على العضو" يدخل ثلاثة أيام كالأموال. [١٦٣/أ] وكذا إذا قال غائبة يؤخر استحساناً. م[10] قال ليس بينتي في المصر أو هم غُيَّبٌ يحلف. ولو قال بينتي[11] في مجلس القضاء لا يحلف. ولو قال هم في المصر دون المجلس لا يحلف عند أبي حنيفة خلاف أبي يوسف. وقول محمد مضطرب وفي الروضة[12] شط[1] قال بينتي غائبة[2] عن المصر حلف عند أبي حنيفة خلاف

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

والتسليم. تحفة الفقهاء ٩٧/٢.

[4] أ، ق : + مما

[5] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

بالمشتري. فتح القدير ٣٧٩/٦.

[9] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن

[10] م : المنتقى للحاكم الشهيد

؛ وكتاب

أبي يوسف. قيل الغيبة مسيرة سفر. شب[3] جش[4] لي بينة لكن أحلفه. فإن حلف جئت بالبينة لا يحلف في قول أبي حنيفة خلاف أبي يوسف. ع[5] أحضر بينتي إلى يوم أو يومين أو ثلاثة لم يحلف. ص[6] أجل ثلاثة الناصحي أجل مقدار ما يمكنه إحضاره فيه. ع[7] ادعى ما يتسارع إليه الفساد وقال أحضر بينتي إلى يوم أو يومين أو ثلاثة[8] لم يجبه القاضي ويقول أحلفه على دعواك. ولو قال أحضر بينتي يؤجله إلى قيامه عن مجلسه. جن[9] يثبت العيب بقول العدل في حقّ الخصومة. وقيل بقول عدلين. وإن كان عيباً لا يطلع عليه إلا النساء فالواحدة تكتفى. والثنتان أحوط كالرجال. اشترى جارية بالغة فادعى أنها خُنثى يحلف البائع. لأنه مما لا ينظر إليه الرجال والنساء. جن[10] صغر[11] وجد به عيباً فقال له البائع تبيعها قال نعم لزمه. لأنه عرض على البيع. ولو قال له بعه فإن لم يشتر رده[12] عليّ فعرضه فلم يشتر سقط الرد. ولو وجد البائع الثمن زيوفاً فقال المشتري أنفقه فإن لم ترج رده عليّ فأنفق فلم ترج رده استحساناً. ولو كان ثوباً فقال هو قصير فقال أَرِهِ الخياط فإن قطعه وإلا رده ففعل فإذاً هو قصير فله الرد. اشترى لميت كفناً ثم وجد به عيباً لا يرده. ولا يرجع بالأرش حتى يحدث به عيب مانع من الرد. م[13] إلا الوارث والوصي اشترى قدوماً وأدخله النار أو منشاراً[14] وحدّده لا يرده.[15] لأنه انتقض بخلاف الذهب في النار حلب الشاة أو البقرة لم يرده الوقف والمسجد يمنع الرد والرجوع بالأرش. قيل عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالأرش. ه[16] اشترى ضيعة مع غلاتها ثم وجدها معيبة ردها في الحال. لأنه إن جمع غلاتها تكون رضاً. وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

القرشي الجواهر المضيئة ١٢١/١.

١ شط : شرح الطحاوي

٢ ف : - غائبة

٣ شب : شرح بكر خواهر زاده

٤ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٥ ع : عيون المسائل للسمرقندي

٦ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٧ ع : عيون المسائل للسمرقندي

٨ أ، ف، ق : - أو ثلاثة

٩ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

١٠ جن : جمع نجم الأئمة البخاري

١١ صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

١٢ ف : - رده

١٣ م : المنتقى للحاكم الشهيد

: الأوزجندي

: هداية

وجد بالدابة عيب بطريق السفر. وهو يخاف[1] على الحمل الذي حمله عليها إن تركها فأمضى سفره. قال ق[2] يرده. وهو معذور وضرب الغلام رضاً بالعيب إذا زاد على ثلاثة أسواط ومداواة جرحه لا وفي مانعية ازدياد المرض اختلاف إلا إذا صار صاحب فراش لم يرد. ولو تعذر الرد فرجع بالنقصان على بائعه [١٦٣/ب] لم يكن لبائعه أن يرجع على الأول خلافهما. اشترى ما في يده ثم علم بالعيب فله الرد إن كان في الإمساك أمين المالك. وإلا فلا. صغر[3] قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقراراً بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيباً رده. ولو عين وقال ليس بآبق صحّ إقراره ومثله في الشهادة. ولو وجد به عيباً فاصطلحا على[4] أن يدفع البائع[5] بحطّ ديناراً جاز. ولو دفع المشتري ليرد لم يجز. لأنه ربوا والبراءة من كل عيب لدى العقد وبعده جائز عندنا. جت[6] وزال العيب يبطل الصلح ويرد العوض على البائع ما بذل أو حط. قيل إذا زال بعد خروجه عن ملكه لم يرد العوض. خك[7] صالحه بعد الشراء من كل عيب على درهم جاز وإن لم يجد به عيباً. ولو قال "اشتريت منك العيوب بدرهم" لم يجز. وحذف الحروف في المصحف أو بعضه أو نقطه أو إعرابه أو ترك خط المصحف عيب. يرد به ظفر بعيب. واصطلحا على أن يحط كل واحد[8] منهما عشرة ويأخذه الأجنبي بما وراء المخطوط ورضي به الأجنبي فهو جائز. وجاز حط المشتري دون البائع. وللأجنبي أن يأخذ بما وراء العشرة من الثمن أو يترك. ولو قصر الثوب المشتري فإذاً هو متخرق وقال المشتري[9] "لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع" فاصطلحوا أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً فهو جائز. وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهماً ويترك المشتري درهماً. قيل هذا غلط. وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك إلى البائع. ك[10] رد المشتري عليه بعيب فأنكر البائع العيب فرد عليه ببينة فللبائع أن يرده على بائعه. وإن وجد منه إنكار العيب في شرح مختلف الرواية اشترى جارية ثم تبين أن لها ولداً غير بالغ في يد البائع ليس له الرد عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف له الرد. لأنه عيب. وكذا اشترى صغيراً وتبين أن أمه عند البائع.[11]

---

[1] ف : - يخاف
[2] ق : قدوري
[3] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[4] ف : - علي
[5] أ : - البائع
[6] جت : جمع التفاريق للبقالي
[7] خك : خلاصة الأكمل
[8] أ : - واحد
[9] ف : البائع
[10] ك : الكفاية للبيهقي
[11] أ، ف : + والله أعلم



٦. ٥ باب البيع الفاسد

قال:[1] **إذا[2] كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد[3] كالبيع بالميتة أو بالدم أو بالخنزير أو بالخمر أو كان غير مملوك كالحر.**

بالنص والمعقول. أما النص فقوله ﷺ « **إن الله تعالى إذا حرَّم شيئاً حرَّم ثمَنَه** »[4] وإنها محرمة لقوله تعالى ﴿ **حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير** ﴾[5] وقال ﷺ « **حُرمت الخمر بعينها** »[6] ولأنه فات فيها ركن العقد. وهو مبادلة مال بمال. لأن هذه الأشياء ليست بمال عندنا كالخمر والخنزير أو على الإطلاق كالحر والدم والميتة.

قال: **وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد.**

---

1 [illegible] الصورتين. الجوهرة

2 [illegible] القاضي وبيع [illegible] المغصوب. فتح القدير

3 [illegible] الوقت. فقه العبادات ٩٣/١.

4 البخاري الصحيح "**أنبياء**" ٥١؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٧٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢١٢/٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٤٧/١.

5 المائدة ٣/٥

6 النسائي السنن الكبرى "**أشربة**" ٥٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٩٧/٨.

لأنه [١٦٤/أ] لا يجوز تمليك هؤلاء لحقهم في أنفسهم.[١] قلت[٢] أطلق المصنف أن البيع فاسد في هذه أسباب[٣] الثمانية. وفيها تفاصيل مُبهمة. ولها أحكام متفاوتة. لا بد من معرفتها.

اعلم أن ما لا يجوز من[٤] البياعات نوعان باطل وفاسد. فالباطل ما لا يفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض. ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ. لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك. وعند البعض يكون مضموناً كالمقبوض على سوم الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة. والثاني قولهما. والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به. ويكون مضموناً في يد المشتري فيه على ما نبينه مع تفاصيله في موضعه إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا فنقول[٥] البيع بالميتة والدم والحر باطل لانعدام ركن البيع. وهو مبادلة المال بالمال. لأن هذه الأشياء ليست بمال. وكذا بيع الميتة والدم والحر لما مر. **شط**[٦] اتفقت الروايات والمشايخ أن من المشتري عبداً بميتة أو دم لا يملكه بالقبض. **تح**[٧] وفي تملكه اختلاف المشايخ. **هـ**[٨] وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل. **شب**[٩] واتفقت الروايات أن ثمن الخمر والميتة غير مملوك. وإنما اختلف أنها أمانة أو مضمونة. وذكر في بعض نسخ جامع الكبير أنه إذا اتفق ثمن الخمر أو الميتة لا يلزمه القضاء.[١٠] لأن المشتري سلطه على ما شاء من التصرفات فيه فكان اتفاقه بإذنه. فلا يضمن. **هـ**[١١] وإن قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله. وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير. ووجه الفرق بينهما أن الخمر والخنزير مال عند أهل الذمة أو مال مطلقاً غير متقوم حتى لو ورثهما مسلم ثبت الملك له فيه. ويجوز أن يوكل ذمياً ببيعه. وإنما لم يكن متقوماً. لأن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه. وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له. فإذا اشتراها بالدراهم فهي غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة. وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا[١٢] اشترى الثوب بالخمر أو الخمر بالثوب. لأنه يعتبر مشترياً الثوب بالخمر في الفصلين. لأنه مقايضة. ويكون فيه إعزازه الثوب دون الخمر.

---

١ ق : - في أنفسهم
٢ أ : قال سلمه الله
٣ أ : - أسباب
٤ ف : من
٥ أ : فقول
٦ شط : شرح الطحاوي
٧ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي
٨ ه : هداية
٩ شب : شرح بكر خواهر زاده
١٠ ف : - القضاء
١١ ه : هداية
١٢ أ : - إذا

وأما بيع أم الولد والمدبر والمكاتب فهو باطل لتعذر تملكهم. ط[1] إذا باع شيئاً بمكاتب أو مدبر أو أم ولد فهو بيع منعقد. والمراد بالمدبر المدبر[2] المطلق. فإن المقيد يجوز بيعه إجماعاً. وقال الشافعي يجوز بيع المدبر المطلق [١٦٤/ب] لما روي « **أنه ﷺ باع مدبراً** »[3] وقال بشر وداود يجوز بيع أم الولد لقول جابر رضي الله عنه « **كنا نبيع أمهات الأولاد في عهد رسول الله ﷺ** »[4] ولنا ما بينا وقوله ﷺ في أم الولد « **لا تُباع ولا تُوهب وهي حرةٌ من جميع المال** »[5] وروي « **ولا يبعن في دين وفي المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث** »[6] والحديثان محمولان على بيع المنافع بالإجارة. فإن أهل المدينة يسمون الإجارة بيعاً. هـ[7] والأصح جواز بيع المكاتب برضاه. وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري لا ضمان عليه عند أبي حنيفة. وقالا عليه قيمتهما. وهو رواية عنه. لأنه مقبوض لجهة البيع. فيضمن كسائر الأموال ولأنهما يدخلان تحت البيع حتى تملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب. لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض. وهذا الضمان بالقبض. وله أن جهة البيع إنما يلحق بحقيقته في محل تقبل الحقيقة. وهما لا تقبلان حقيقة البيع ودخولهما فيه ليثبت حكم البيع فيما يضم إليه فحسب[8] كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده. وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه. جن[9] قخ[10]

بيع الخمر والميتة والدم وذبيحة المجوسي والمحرم ومتروك التسمية عمداً وبيع الصبي والمجنون الذي لا يعقل وبيع هو أم الأرض وما يسكن في الماء إلا السمك. وكذا لو باع مالاً متقوماً بهذه الأشياء باطل إلا الخمر والخنزير. وكذا بيع الآدمي. وعن محمد وكذا بيع شعر الخنزير والآدمي وجلود الميتات قبل الذبح والدبغ وبيع النحل ودود القز وبذره أو قال "بعتك بغير ثمن" أو "على أن لا ثمن" باطل. ولو باع وسكت عن الثمن ففاسد.

قلت[11] وفي بيع دود القز وبذره كلام سيأتي في موضعه. ولو باع على أنه هروي فإذا هو مروي قيل هو باطل. لا يملك بالقبض. وقال الكرخي فاسد. ولو باع على أنه ياقوت فإذا هو زجاج أو غلام فإذا

---

[1] ط : المحيط
[2] ف : – المدبر
[3] البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣١٤/١٠.
[4] الدارقطني السنن ١٣٦/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٤٨/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٨٩/٣.
[5] الدارقطني السنن ١٣٤/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٤٢/١٠؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٠٩/١١؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٥١/٤.
[6] البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٤٤/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٨٨/٣.
[7] ه : هداية
[8] أ : + فصار
[9] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[10] قخ : قاضي خان
[11] أ : قال سلمه الله

هو جارية أو بدين عليه[1] وهما يعلمان أنه لا دين عليه. وبيع الكلاء في أرضه قبل القطع والماء في الحوض أو البئر باطل. واختلف في بيع الوفاء. فأكثر المشايخ على أن حكمه حكم الرهن. والصحيح أن العقد إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً. وإن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع. وإن ذكرا من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة جاز. ويلزمه الوفاء بالوعد. لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازمة لحاجة الناس.

قال: **ولا يجوز بيع السمك في الماء[2] ولا بيع الطير في الهواء.**

لأنه غير مملوك قبل الأخذ وغير مقدور التسليم بعد الأخذ. [١٦٥/أ] والإرسال عقيب العقد كالحمل. لكن البيع باطل قبل الأخذ وفاسد بعده إذا عجز عن تسليمها. **شط**[3] وغيره باع سمكاً في حظيرة لا يستطيع الخروج منها. ولا يؤخذ إلا بحيلة لم يجز. وإن قدر عليها بلا صيد جاز. وللمشتري الخيار إذا رآها على الأصح. لأن الرؤية لا تتم في الماء. وهذا إذا أخذها وألقاها فيها أو أدخلها باحتياله أو سد موضع الخروج منها. أما إذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك كصيد أفرخت[4] أو باضت[5] أو نكست أو تكسرت في أرض إنسان لا يملكها ولا بيضها ولا فرخها ما لم يأخذها. وكذا من[6] نصب خيمة أو شبكة للجفاف فتعقل بها صيد لا يملكه إلا أن يأخذه بخلاف ما لو نصبها للصيد. وهذا كمن لو وقع السكر أو الدراهم المنشورة في حجره لا تكون له إلا إذا هيّأ حجره أو بسطه. كذلك ومن أعد أرضه لفراخ الصيد ففرخت فيها. فعن محمد أنها له. لأنه أخذ حكماً كناصب الشبكة للصيد. وكذا من هيّأ[7] مكاناً للسرقين فله ما وقع فيه عند البعض. أما النحل إذا غسل في أرضه فهو له بكل حال. لأن العسل ليس بصيد بل هو قائم بأرضه كالشجر والزرع الذي ينبت فيها.

قال: **ولا يجوز بيع الحمل ولا النتاج.**[8]

---

[1] ف : - عليه

[2] ابن أبي شيبة **"مصنّف" ٢٤٠/٥** بلفظ "لا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر"

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] أفرخ الطائر صار ذا فرخ والبيضة انفلقت عن الفرخ والزرع نبتت أغصانه وفؤاده انكشف عنه الفزع ويقال أفرخ روعه خلا قلبه من الهم. المعجم الوسيط ٦٧٩/٢.

[5] باض الطائر والنَّعامة من البيض. المخصص لابن سيدة

لسان العرب ٣٧٣/٢.

ل« **نهي النبي ﷺ عن بيع الحبَل وحبَلِ الحبَلةِ** »[1] وهو النتاج والنتاج ما ينتجه الحبل ولأن فيه عزراً.

قال: **ولا بيع اللبن في الضرع.**

للعذر فعساه انتفاخ.[2] ولأنه ينازع في كيفية الحلب. وربما يزداد فيختلط المبيع لغيره.

قال: **والصوف على ظهر الغنم.**

لأنه من أوصاف الحيوان. ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم. لأنها يزيد من أعلاها وبخلاف القصيل. لأنه يمكن قلعه. والقطع في الصوف متعين. فيقع التنازع في موضع القطع. وقد صحّ عن النبي ﷺ « **أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبنٍ** »[3] وهو حجة على أبي يوسف حيث جوز بيع الصوف هذا.

قال: **وذراع من ثوب وجذع في سقف.**

ذكر[4] القطع أو لم يذكراه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر يلزمه بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة. لأنه لا ضرر في تبعيضه. ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد[5] بخلاف ما إذا باع ا لنموي في التمر والبزر في البطيخ أو إحشاء الشاة أو البقر في البطن حيث لا يعود صحيحاً وإن شقها وأخرج المبيع. لأن المبيع[6] في الثوب والجذع معاين [١٦٥/ب] ولا كذلك ثمة. ولو قطع في ثوب بعدما عين موضع القطع يجبر المشتري على القبول خلاف أبي يوسف. وإن لم يعين لم يجبر. **جن**[7] باع أذرعاً من خشبة أو ثوب من جانب معين لا يجوز. فإن قطعه وسلمه إلى المشتري لم يجز إلا أن يقبل. وقيل لم يجز إلا بتجديد بيع مستأنف. وقيل ينعقد تعاطياً عند أخذه. وقيل ينفذ من الأصل. وفي جواز بيع التبن قبل أن يُداس والأرز الأبيض قبل الدقّ والحنطة قبل الدرس وحب القطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمر بعينه روايتان. ولو باع فص الخاتم وفي نزعه ضرر لا يجوز.

---

[1] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٦١؛ مسلم الصحيح "**بيوع**" ٥؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٢٤؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ١٦؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٦٧.

[2] ق : انتهاج

[3] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٤٠/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١١/٤.

[4] أ : ذكرا

[5] ف : – المفسد

[6] ف : – لأن المبيع

[7] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

قال: **وضربة القانص.**[1]

وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة. لأنه مجهول. وفيه غرر أيضاً.

قال: **وبيع المزابنة. وهو بيع التمر على النخل بخرصه تمراً.**

في المغرب المزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلا. قلت[2] وهو مراد المصنف ظاهراً. وهو المذكور في غيره من الكتب إلا أنه اكتفى بذكر المبدل الذي يشتبه وترك ذكر البدل. وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روي « **أنه ﷺ نهى عن بيع المزابنة ورخَّص في العرايا**[3] »[4] وهو أن يباع بخرصة تمراً دون خمسة أوسق.[5] ولنا « **نهى النبي ﷺ عن بيع المزابنة والمحاقلة والمخابرة** »[6] مطلقاً من غير فصل. في المغرب المزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلاً. والمحاقلة بيع الطعام في سنبله بالبر. وقيل اشترى الذرع بالحنطة. وقيل بيع الزرع قبل صلاحه من الحقل. وهو الزرع. وقيل المزارعة بالثلث والربع وغيرهما. والمخابرة مزارعة الأرض على الثلث والربع من الخبير. وهو الأكّار لمعالجة الخبار. وهو الأرض الرخوة والعرية النخلة يُعريها صاحبها رجلاً محتاجاً أي يجعل له ثمرتها عامها. وقيل لأنها عيرت من التحريم.

---

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٤٠/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٨٦/٩ بلفظ "نهى عن ضربة القانص"

[2] أ، ف : قال سلمه الله

[3] [illegible] ، خرجت. تاج العروس ٣٤/٣٩.

[4] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٥؛ مسلم الصحيح "**بيوع**" ١٣؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٣٣؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٦٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٢.

[5] بيع العرايا قد ورد في الأحاديث المنع عن بيع المزابنة وهو بيع التمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا عند البخاري ومسلم من حديث جابر وأبي سعيد الخدري ومن حديث أنس وابن عباس عند البخاري ومن حديث أبي هريرة عند مسلم والترمذي ومن حديث ابن عمر عند الشيخين وحديث زيد عند الترمذي وحديث سعد عند أبي داود والنسائي وحديث رافع عند النسائي وإنما نهى عنه لأنه يتضمن الربا من جهة النسيئة ومن جهة عدم التساوي جزما والتخمين أمر غير قطعي ومن ثم نهى عن المحاقلة وهو بيع الحنطة في سنبلها بمثل كيلها خرصا من الحنطة . وورد من حديث زيد وأبي هريرة وسهل بن سعد الرخصة في بيع العرايا وفي بعض الروايات نهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن المزابنة ورخص في العرايا أن يباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا وقد اختلفوا في تفسيرها اختلافا فاحشا ومذهب الحنفية في ذلك أن المزابنة في جميع صورها منهي عنه والعرية المرخص فيها ليست من صور البيع حقيقة بل هو من صور الهبة والعطية وهو قريب من معناه اللغوي فإن العرية بمعنى العطية بفتح العين وكسر الراء المهملة وتشديد الياء المثناة التحتية ويجمع على عرايا وقال الشافعي يجوز ذلك في ما دون خمسة أوسق وبه قال أحمد وفي خمسة أوسق له قولان في قول يجوز وفي قول لا وهو قول أحمد واختلف عن مالك أيضا في خمسة أوسق وهذا الإختلاف بناء على وقوع الشك في رواية أبي هريرة وزيادة التفصيل في البناية وغيرها وقد عقد الطحاوي في شرح معاني الآثار لهذه المسألة بابا وحقق فيه قول الحنفية بما لا مزيد عليه لكن أكثر ما ذكره منظور فيه عند المصنف والحق مع الجماعة. مالك الموطا ١٤٩/٣.

[6] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٨٢؛ مسلم الصحيح "**بيوع**" ١٦؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٣٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٠١/٥.

ه[1] العرية العطية لغة. وتأويل الحديث أن يبيع المعري ما على النخيل من المعري بتمر محدودة. وهو بيع مجازاً. لأنه لم يملكه. فيكون[2] براً مبتدئاً.

قال: **ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة.**

لنهي النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة. وهي بيوع كانت في الجاهلية. وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان. فإذا لمسها المشتري أو نبذها البائع إليه أو وضع المشتري عليها حجراً لزم البيع. ولأن فيه تعليقاً بالخطر.

قال: **ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين.**

لجهالة المبيع. ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز[3] استحساناً. وقد مر تمامه في خيار الشرط. قلت[4] وفي بعض النسخ ولا بيع ثوب بثوبين نساءً والجنس واحد ولبس هذا في أعم الشروح. وأكثر النسخ وموضعه باب الربا. [١٦٦/أ]

٦. ٥. ١ فصل في الشروط الجعلية

قال:[5] **ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمةً على أن يستولدها فالبيع فاسد.**

وقال الشافعي يجوز في شرط العتق خاصة. وهو رواية عن أبي حنيفة لحديث عائشة رضي الله عنها أنها شرطت أن تكون ولا بريرة[6] رضي الله عنها لمواليها وأعتقتها وأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون شرط العتق. ولنا ما روي أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب[7] رضي الله عنه عن أ بيه عن جده عن النبي ﷺ « **أنه نهى عن بيع وشرطٍ**

---

١ ه : هداية

٢ ف : - فيكون

٣ ف : - جاز

٤ أ، ف : قال سلمه الله

٥ الشروط المعتبرة في المشروطات [illegible]

٦ [illegible] عبداً. أسد الغابة [illegible]

٧ [illegible] الزركلي الأعلام ٥/٧٩.

»[1] و لم يكن في حديث بريرة رضي الله عنها شرط العتق فلم يكن حجة. **جن**[2] ولو أعتقه ينقلب جائزا أو عليه الثمن وعند أبي حنيفة وعندهما لا ينقلب جائزاً كالتدبير والكتابة والاستيلاد. **هـ**[3] جملة المذهب أن كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط. وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع. لأن فيه زيادة عارية عن العوض. فيؤدي إلى الربا أو لأنه تقع المنازعة بسببه. فيعري العقد عن مقصوده. وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده في ظاهر المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لعدم المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة. **ط**[4]

الشروط على وجوه.

أحدها ما يقتضيه العقد. ومعناه أنه يجب بالعقد من غير شرط كشرط تسليم المبيع على البائع والثمن على المشتري وإنه لا يفسد العقد.

وثانيها ما لا يقتضيه العقد. لكن يلائمه. وهو ما يؤكد موجب العقد كالبيع بشرط أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه[5] أو تكفل بالثمن بخلاف. وهو حاضر فقبله أو حضر قبل افتراقهما وقبله فهو جائز استحساناً. وإلا فلا. وشرط الحوالة نظير شرط الكفالة. وهو أن يحيل المشتري البائع بالثمن على غريم من غرمائه أما بشرط أن يحيل البائع غريماً من غرمائه على المشتري فهو فاسد قياساً واستحساناً.

وثالثها ما لا يلائم العقد. لكن ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل أو هو متعارف كمن اشترى نعلاً وشراكاً على أن يحزوه البائع جاز البيع. وعن محمد في الحذو أنه فاسد.

ورابعها ما لا يقتضيه ولا يلائمه و لم يرد الشرع بجوازه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كالبيع بشرط أن يهبه المشتري أو يقرضه. كذا أو البائع أو فيه منفعة المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كالعبيد والإماء كمن باع عبداً على أن لا يبيعه أو لا يهبه أو يعتقه أو يدبره فالبيع فاسد.

---

[1] أبو داود السنن **"بيوع"** ٦٨؛ الترمذي السنن **"بيوع"** ١٩؛ النسائي السنن الكبرى **"بيوع"** ٧١؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٧٨/٢.

[2] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[3] ه : هداية

[4] ط : المحيط

[5] ف : - بعينه

وخامسها ما يكون للمعقود عليه منفعة. لكنه ليس من أهل أن يستحق حقاً [١٦٦/ب] على الغير[١] كما سوى الرقيق من الحيوانات كمن اشترى دابة بشرط أن لا يبيعها أو لا يهبها أو يعلفها.[٢] كذا أو يسيبها في المرعى فالبيع جائز.

وسادسها أن تكون المنفعة في الشرط لغير المتعاقدين كمن باع بشرط أن يقرض فلاناً. كذا وفي فساده اختلاف المشايخ. م[٣] قال محمد كل شيء يشترط المشتري على البائع يفسد به البيع. فإذا شرط على أجنبي فهو باطل.[٤] وكل شيء يشترط على البائع لا يفسد به البيع فإذا شرط على أجنبي فهو جائز. وهو بالخيار كمن اشترى عيناً بمائة على أن يحط فلان الأجنبي منها عشرة جاز البيع. ويخير إن شاء أخذ بمائة. وإن شاء ترك. وعن أبي يوسف اشتراه على أن يهب البائع لابن المشتري أو لفلان الأجنبي[٥] ديناراً من الثمن فالبيع فاسد.

وسابعها ما لا يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا للمعقود عليه. ولكن فيه مضرة لأحدهما كمن باعه ثوباً بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد خلاف أبي يوسف. وهو رواية عن أبي حنيفة.

وثامنها ما لا منفعة فيه ولا مضرة كمن باع منه طعاماً بشرط أن يأكله أو ثوباً على أن يلبسه فالبيع جائز. باع جارية بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع فيهما. وقال محمد جاز فيهما. وقال أبو يوسف جاز في الأول دون الثاني. وعن أبي يوسف اشتراها بشرط أن لا يستخدمها أو طعاماً على أن لا يأكله فسد البيع.[٦] وعلى أن يعطي الثمن فلان جاز. جش[٧] وعلى أن يعطي ثمنه من مال فلان مختلف.

قال: **وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية.**

---

١ [illegible]

٢ [illegible]

٣ [illegible] المنتقى للحاكم الشهيد

٤ ف : - باطل

٥ ف : - الأجنبي

٦ أ، ف، ق : - البيع

٧ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

لما مر. وعن عبد الوارث بن سعيد[1] "أصبت بمكة ثلاثة من فقهاء الكوفة. فسألت أبا حنيفة عن بيع وشرط." فقال "البيع باطل والشرط باطل."[2] وسألت ابن أبي ليلى فقال "البيع جائز والشرط باطل." وسألت ابن شبرمة فقال "البيع جائز والشرط جائز." فعدت إلى أبي حنيفة وأخبرته فقال لا علم لي بما قالا واستدل بحديث عمرو بن شعيب رضي الله عنه ثم أخبرت ابن أبي ليلى. فقال لا علم لي بما قالا. واستدل بحديث بريرة ثم أخبرت ابن شبرمة[3] فقال لا علم لي بما قالا. لكن حدثني محارب[4] عن أبن الزبير رضي الله عنه عن جابر رضي الله عنه « **أن النبي عليه السلام اشترى بعيراً من أعرابي وشرط حمولته إلى المدينة** »[5] لكن عندنا هو محمول على شرطه بعد البيع. وما روي أبو حنيفة راجح. لأنه محرم. والمحرم راجح على المبيح. ولأن في شرط استخدام البائع وسكناه إجارة إن قابله شيء من الثمن وإعارة إن [١٦٧/أ] لم يقابله « **وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة** »[6]

قال: **ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد.**

لأن الأجل في المبيع العين باطل. لأن شرع ترفيها وإنه يليق بالديون دون الأعيان.

قال: **ومن باع جارية إلا حملها فسد البيع.**

والأصل فيه أن ما لا يصحّ إقراره بالعقد لا يصحّ استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل. وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصحّ فيصير شرطاً فاسداً. والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع. لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن من صلب العقد منها. والهبة والصدقة والنكاح والخُلع والصلح

---

[1] الزركلي الأعلام ١٧٨/٤.

[2] ف : - والشرط باطل

[3] عبد الله بن شبرمة الإمام العلامة فقيه العراق أبو شبرمة. قاضي الكوفة حدث عن أنس بن مالك وأبي الطفيل عامر بن واثلة وأبي وائل شقيق وعامر الشعبي وأبي سلمة بن عبد الرحمن وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وإبراهيم التيمي وإبراهيم النخعي وسالم بن عبد الله والحسن البصري ونافع وسالم بن أبي الجعد وعبد الله بن شداد بن الهاد وأبي زرعة وطائفة حدث عنه الثوري والحسن بن صالح وابن المبارك وهشيم وعبد الواحد بن زياد وسفيان بن عيينة وعبد الوارث بن سعيد وأحمد بن بشير ووهيب بن خالد وشعيب بن صفوان وخلق سواهم وثقه أحمد بن حنبل وأبو حاتم الرازي وغيرهما. وكان من أئمة الفروع وأما الحديث فما هو بالمكثر منه له نحو من ستين أو سبعين حديثا وهو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي. وهو عم عمارة بن القعقاع ولكن عمارة أسن منه. وآخر أصحابه موتا أبو بدر السكوني قال أحمد بن عبد الله العجلي كان ابن شبرمة عفيفا صارما عاقلا خيِّرا يشبه النساك. وكان شاعرا كريما جوادا. له نحو من خمسين حديثا. روى ابن فضيل عن أبيه قال كان ابن شبرمة ومغيرة والحارث العكلي يسهرون في الفقه فربما لم يقوموا إلى الفجر. توفي سنة أربع وأربعين ومائة أرخه أبو نعيم

[4] الزركلي الأعلام ٢٨١/٥.

[5] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٦١٠/١٠.

[6] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ١٢/٥.

عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء. لأن هذه العقود لا يبطل بالشروط الفاسدة. وكذا الوصية لا تبطل به. لكن يصحّ الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية. لأن الوصية أخت الميراث. والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها. لأن الميراث لا يجري فيه. جن[1] جت[2] بيع الصبرة إلا صاعاً منها باطل خلاف أبي يوسف. وفي النتف إنه فاسد. "بعتكها بمائة على أن عشرها لي" فللمشتري تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن. ولو قال "إلا عشرها" فله تسعة أعشارها بجميع الثمن. وعن محمد بجميع الثمن فيهما. ولو باع داراً على أن للبائع طريقاً من هذا الموضع إلى باب الدار ووصف طوله وعرضه لا يصحّ. ولو قال إلا طريقاً والمسألة بحالها ووصف طوله وعرضه يصحّ. لأنه باعه ما عدا الطريق بجميع الثمن. "بعتك هذه الدار بعشرة على أن لي هذا البيت" فسد. ولو قال "إلا هذا البيت" جاز بجميع الثمن. ولو قال "إلا طريقاً إلى داري الداخلة" جاز. باع بقية الطريق على أن يكون للبائع حقّ المرور أو السفل على أن له حقّ قرار العلو جاز. "بعتك هذين العبدين على أني شريك في نصف هذا" فسد. ولو قال "في نصفهما" جاز. ولو قال "أبيعك هذا الثوب وأنا شريكك في نصفه" جاز. ولو قال "هذا الغلام بألف إلا نصفه بستمائة" فقد باع نصفه بأربع مائة. ولو باعه بألف أو بمائة دينار إلا درهماً أو إلا ثوباً أو الأكر حنطة أو هذه إلا واحدة لم يجز. ولو كانت بعينها جاز عند أبي يوسف. "أبيعك هذا الشاة بمائة على أن هذه لي" أو قال "ولي هذه" فسد. ولو قال "إلا هذه" كان ما بقى بمائة. ولو قال "ولي نصفها" كان النصف [١٦٧/ب] بخمسين. وعن محمد "بعتكه بألف إلا نصفه بخمسمائة" جاز في كله بألف وخمسمائة. ولو قال "عليّ أن لي نصف بثلاثمائة أو بستمائة أو بمائة دينار" فسد لإدخال صفقة في صفقة. باع قرية يُستثنى منها المساجد والطريق والفارقين وسور القرية. لأن السور بقى على أصل الإباحة عند القسمة. فلا يدخل تحت البيع.

قال: **ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع أو يخيطه قميصاً أو قباءً أو نعلاً على أن يحذوها ويشركها فالبيع فاسد.**

لما مر. ه[3] هذا جواب[4] القياس. وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع. جن[5] جع[6] وكل شرط إذا شرط في العقد يفسد البيع. فكذلك إذا شرط بعد العقد يفسد عند أبي حنيفة خلافهما. ولو كان من نيتهما الشرط الفاسد وقد تواضعا قبله لم يؤثر عند أبي حنيفة.

---

[1] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] ه : هداية
[4] ف : أصل
[5] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[6] جع : جمع العلوم للبقالي

ويفسد البيع عندهما. ولو أخذ مديونه وسأل بيع داره فشرط عليه إنّه باعها منه أقاله فيها إن قضاه دينه ورضي به مشربه ثم أطلقا البيع خالياً عن هذا الشرط فبيع صحيح. ولو باع من مديونه ثم قال "إن قضيتني أفاسخك البيع" لا أن يكون شرطاً لا يفسد. جن[1] اشتراه على أن يدفعه إليه قبل دفع الثمن أو قال "على أن يدفع الثمن في بلد آخر" فسد.

قال: **والبيع إلى النيروز[2] والمهرجان[3] وصوم النصارى[4] وفطر اليهود[5] إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد**. شق[6]

والتأجيل نوعان تأجيل في الأعيان. وإنه لا يجوز لعدم الفائدة في حقّ من شرط له الأجل. والتأجيل في الديون. وهو نوعان. معلوم كسنة وشهر. وإنه جائز. ومجهول كالنيروز والحصاد. فإن شرط الأجل فيها بعد العقد يجوز بمنزلة الكفالة إلى هذه الأوقات. وإن شرط في العقد وقد عرفه المتعاقدان جاز. وإن لم يعرفاه أو لم يعرفه أحدهما فسد. لأنها جهالة مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه على المماكسة.

قال: **ولا يجوز البيع إلى الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج**.

لأنها تتقدم وتتأخر. ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز. لأن الجهالة لا تضر في أصل الكفالة ففي وصفها أولى بخلاف البيع.

---

[1] جن : جمع نجم الأئمة البخاري

[2] يقابل عيد نوروز معربها نيروز أول يوم في التقويم الشمسي ٢١ مارس ويحتفل به الفرس والأكراد أصل كلمة نوروز هو من الكردية وتتكون من نو بالكردية الاتينية يعني جديد روز روژ الكردية بالاحرف العربية الفارسية بالكردية الاحرف الاتينية يوم مما يعني يوم جديد وهذه الكلمة لها نفس المعنى بالفارسية والكردية نو روز يوم جديد. تعود جذور نوروز جزئيا إلى التقاليد الدينية من الزرادشتية أو المجوسية حيث كانت الممارسات الزرادشتية تهيمن على كثير من تاريخ بلاد فارس القديمة تركزت في ما يعرف الآن إيران. ويعتقد ان نوروز قد اخترعها زرادشت نفسه على الرغم من أنه لا يوجد تاريخ واضح المنشأ نوروز هو أيضا يوم مقدس بالنسبة لاديان اخرى مثل الإسماعيليين والعلويين وبابيس أتباع الدين البهائي. الفردوسي الشاهنامة ١٢٧/١.

[3] والمهرجان أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان. الجوهرة

[4] تعظيمها. مراقي الفلاح

[5] يوما. البحر الرائق ٩٥/٦.

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

قال: **فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع.**

خلافاً لزفر والشافعي كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل وإسقاط الزيادة في الربويات. ولنا أن الفساد للمنازعة. وقد ارتفع قبل تقرره. ولم يكن في صلب العقد. فيمكن إسقاطه بخلاف المفسد في صلب العقد كجهالة المبيع أو الثمن أو الربا أو نحوها. قلت[1] والمفسد في صلب العقد ما دخل [١٦٨/أ] في المعقود عليه كالمبيع والثمن. أما الأجل فليس بمعقود عليه فكان زائداً. والفقه فيه أن المفسد في صلب العقد يمنع حصول المقتضى للملك فبإسقاطه لا تثبت المقتضي. وإذا لم يكن في صلبه فالمقتضي متحقق. لكنه امتنع المقتضي به. فإذا سقط عمل المقتضى عمله. **ط**[2] وعلى هذا الخلاف إذا باع بشرط الخيار إلى الأبد ثم أسقط الخيار. ولو باع بألف ورطل من خمر أو باع إلى أن يهب الريح أو يمطر السماء ثم من له الخمر والأجل أسقط. وذلك لا ينقلب جائزاً. **شس**[3] إن اتفقا على إسقاط الخمر ينقلب جائزاً. لكن لا ينفرد أحدهما بالإسقاط. وفي البيع إلى الآجال المجهولة يتفرد من له الأجل بالإسقاط. **ط**[4] باعه بألف بخارا على أن يوفيه الثمن بسمرقند لا يجوز. ولو قال "إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند" جاز كان له حمل ومؤنة أو لم يكن. وفي الاستقراض لا يجوز في الفصلين. ثم إذا حل الأجل ولا حمل له لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء. **ن**[5] ولو باعه على أن يوفى الثمن أخا البائع بسمرقند فسد. **م**[6] باعه على أن يؤدي ثمنه يوم القيامة فقال المشتري أؤدي الثمن في الحال.

قال: **وإذا قبض المشتري[7] المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته.**

وقال الشافعي لا يملكه وإن قبضه. لأنه محصور. فلا ينال به نعمة الملك. ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد كالبيع بالميتة أو بيع الخمر بالدراهم. ولنا « **أن عائشة لما اشترت بريرة بشرط الولاء للباعة وأنكر النبي ﷺ الشرط وحكم بفساد العقد للنهي وقضى بالعتق والولاء لها** »[8] ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده. ولا خفاء في الأهلية والمحلية. وركنه مبادلة المال

---

[1] أ، ف : قال سلمه الله
[2] ط : المحيط
[3] شس : شرح السرخسي
[4] ط : المحيط
[5] ن : النوازل
[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[7] ف : - المشتري
[8] البخاري الصحيح **"فرائض"** ١٩؛ مسلم الصحيح **"عتق"** ٢؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٣١.

بالمال. والنهي يقرر[1] المشروعية لاقتضائه القصور. ونفس[2] البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك. إنما المحصور ما جاوره كالبيع وقت النداء.[3] وإنما لا يثبت الملك به كراهة تقرير الفساد المجاور. لأنه واجب الرفع بالاسترداد. فبالامتناع عن المطالبة أولى. ولأن السبب ضعيف لاقترانه بالقبيح. فيشترط اعتقاده بالقبض في إفادة الحكم كالهبة والميتة والخمر المبيع ليست بمال فانعدم الركن وقول لزمه قيمته. لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب.

قال: **ولكل واحد من المتعاقدين فسخه.**

دفعاً للفساد قبل التمام كالإيجاب.

قال: **وإن باعه المشتري نفذ بيعه.**

لأنه ملكه بالقبض فملك التصرف فيه. قلت[4] وأشار المصنف في حكم البيع الفاسد إلى معاني ستة. اشتراط القبض للملك وكونه بأمر البائع ومالية البدلين ولزوم القيمة وولاية الفسخ لكلى العاقدين ونفاذ بيع المشتري. فيها تفاصيل [١٦٨/ب] مبهمة لطيفة. لا بد من معرفتها. أما القبض فحقيقته بشرط وفي التخلية اختلاف الروايات. والأصح أنها ليست بقبض. ط[5] باع عبده من ابنه الصغير فاسداً أو اشترى عبد ابنه لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه أو يستعمله. جت[6] لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها. وأما أمر البائع ط[7] فهي الرواية المشهورة وفي الزيادات صح[8] القبض في المجلس بغير أمره استحساناً. ه[9] هو الأصح. لأن بيعه تسليط عليه كما في الهبة. وأما مالية البدلين ليتحقق ركن البيع. وهو مبادلة مال بمال. لكنه ليس بشرط لازم حتى أن من اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه فهو جائز. وعليه القيمة.

قلت ويجوز أن يريد المصنف بمالية الثمن مالاً في الجملة كأهل الذمة أو مالاً غير متقوم حتى لو ورثهما مسلم يثبت الملك فيه. وأما لزوم القيمة فذاك في ذوات القيم وفي ذوات الأمثال يجب المثل. لأن

الهلاك. فتح القدير ٥١٣/٦.

[4] أ، ف : قال سلمه الله

[5] ط : المحيط

[6] جت : جمع التفاريق للبقالي

[7] ط : المحيط

[8] أ، ف، ق : يصح

[9] ه : هداية

المثل صورة. ومعنى أعدل من المثل معنى كالغصب. وأما ولاية الفسخ **ك**[1] فلكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض بدون رضا الآخر. لكن بحضرته أي بعمله وبعد القبض كذلك ما لم يتصرف المشتري إذا كان الفساد لأجل أحد البدلين كالبيع بالخمر والخنزير لقوة الضعف. وإن كان الفساد بشرط فكذلك عندهما. وعند محمد أن فسخ من له منفعة في الشرط كمن شرط الأجل والخيار الفاسد ينفسخ. ولا ينفسخ بفسخ الآخر. وللمشتري حبس المبيع بعد الاسترداد لاستيفاء الثمن والدراهم والدنانير يتعين في البيع الفاسد على الأصح. **ط**[2] وتصرف المشتري يمنع الاسترداد سواء احتمل النقض بعد ثبوته كالبيع والرهن أو لم يحتمل كالإعتاق والتدبير إلا الإجارة وتزويج الجارية. لكن الإجارة ينفسخ بالاسترداد دون النكاح. **ك**[3] وكل تصرف لو فعله الغاصب في المغصوب ينقطع حقّ المالك إذا فعله المشتري هنا ينقطع حقّ البائع في الفسخ كما لو قطع المبيع وخاطه. وذكر الكرخي أن الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد بخلاف الغصب. وعن محمد كالغصب وبموت المشتري لا يسقط حقّ الفسخ. لأن وارثه بمترلته. **ط**[4] **قد**[5] ولو مات البائع فلوارثه أن يستردّ. **ط**[6] ثم في كل موضع تعذر الرد لمانع ثم زال بسبب هو فسخ من كل وجه في حقّ الكافة كمن فكّ الرهن أو رجع في الهبة أو عجز المكاتب أو رد بعيب لقضاء فللبائع حقّ الاسترداد. وإلا فلا. وهذا إذا لم يقض على المشتري بالقيمة. وإن قضى عليه لا تكون له حقّ الاسترداد في الوجوه كلها. وزيادة المشتري لا يمنع الفسخ في الأحوال كلها إلا إذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ. وإذا انتقض المشتري في يده بفعله [١٦٩/أ] أو بآفة سماوية أو بفعل المشتري فالبائع يسترد المبيع مع أرش النقصان. وليس له أن يترك عليه ويضمنه تمام القيمة. وإن كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الأرش من المشتري. وإن شاء أخذه من الجاني وفي قلة المبيع ليس له تضمين الجاني. **ك**[7] ويسترد زوائده كالولد وأرش الطرف والثمرة. **ط**[8] ولو كانت جارية لا يطأها. والوطئ لا يمنع الرد. ولو رد أو استرد البائع لزمه العُقر. وإن أعلقها يضمن قيمتها. وأما نفاذ بيعه **ط**[9] يكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع. ومع هذا لو تصرف نفذ تصرفه لمصادقته ملكه. **صغر**[10] لكن اختلف المتأخرون فيه فقال مشايخ عراق إنما نفذ تصرفه. لعله أنه ملك التصرف ابتداء

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] ط : المحيط
[3] ك : الكفاية للبيهقي
[4] ط : المحيط
[5] قد : شرح قدوري كبير
[6] ط : المحيط
[7] ك : الكفاية للبيهقي
[8] ط : المحيط
[9] ط : المحيط
[10] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

بتسليط المالك لا بناءً على ملك الغير. ولهذا لا تثبت الشفعة لو كان المقبوض داراً. ولا يحل الوطئ لو كانت جارية. وقال أئمة بلخ ملك التصرف بعلة أنه ملك العين. وهو الأصح. ولهذا تثبت الشفعة بالدار المشتراة شراءً فاسدا. وتجب على البائع استبراء الجارية بعد الاسترداد. ك[1] اشترى عبداً بشرط أن يعتقه فأعتقه لزمه الثمن استحساناً عند أبي حنيفة. وعندهما لزمه القيمة. لأنه مضمون بعقد فاسد. ولأبي حنيفة ما روى الحسن عنه أن البيع جائز. لأنه هكذا تشتري تسمية. ورُوي ابن شجاع عنه إن أعتقه قبل القبض صحّ وإن قلنا فاسد. لأن هذا الشرط إنما لا يلائم العقد. لأنه يوجب الإعتاق عن إجبار. فإذا أعتقه عن اختيار لم يكن مفسداً فانقلب جائزاً كما لو اشترى شيئاً برقمه فأعلمه المجلس.

قال: **ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما.**

وقال الشافعي جاز في العبد والذكية بحصته كما لو جمع بين أجنبية وأخته في النكاح. ثم هذا البيع فاسد عند أبي حنيفة. سواء[2] سمي لكل واحد منهما ثمناً أو أطلق. وقالا إن سمي لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والذكية. وإلا فلا. لأن الفساد بقدر المفسد. فلا يتعدى إلى القنّ كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم. لأن ثمن القن مجهول. ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً. لأنه ليس بمال. والبيع صفقة واحدة. فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العقد.[3] وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح. لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة.

قال: **وإن جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره صحّ البيع في العبد بحصته من الثمن.**

وقال زفر فسد فيهما كالأول ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر. لأن البيع في هؤلاء موقوف لدخولهم [١٦٩/ب] تحت العقد لقيام المالية. ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح والمدبر بقضاء القاضي. وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع. وهو لا باستحقاقهم أنفسهم ردوا المبيع. فكان هذا إشارة إلى البقاء كما لو اشترى عبدين أحدهما قبل القبض. وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع. لأنهما مبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداءً بخلاف ما مر. ط[4] وكذا لو اشترى دَنَّين من خل ثم ظهر أن أحدهما خمر فعلى الخلاف في الجمع بين حر وعبد.[5] ولو اشترى ضيعة فيها قطعة من الوقف. شح[6] البيع فاسد في الوقف والملك كحر وعبد. وقال ركن

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

الذخيرة. الفتاوى الهندية ١٣١/٣.

[6] شح : شمس الأئمة الحلواني

الإسلام السغدي جاز في الملك كعبد ومدبر ثم رجع الحلواني إليه فباع كرماً فيه مسجد قديم إن كان عامراً يفسد. وإلا فلا. وكذا في المقبرة أرض مشتركة باع أحدهما جميعها من صاحبه فسد عند المرغيناني. وكذا الصلح على دار مشتركة بينهما. وفيه نظر. لأن نصيب المشتري محل للبيع في الجملة كعبد ومدبر. **ط**[1] **قد**[2] اشترى عبداً بخمسمائة نقد وخمسمائة له على فلان بخمسمائة إلى العطا فسد في الكل. **م**[3] اشترى داراً أو طريقاً عاماً محدوداً معلوماً ثم استحقّ الطريق فإن شاء رد الدار. وإن شاء أمسكها بحصتها إن كان الطريق مختلطاً بها. وإن كان متميزاً لزمته الدار بحصتها. وإن لم يكن الطريق محدداً فسد البيع. والمسجد الخاص كالطريق المعلوم. وإن كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل. وفي بعض النسخ وإن كان مسجد جامع فسد في الكل. وكذا إذا كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع.

٦. ٥. ٢ فصل فيما يكره من البيوع

قال: **ونهى النبي ﷺ عن النجش. وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد شراه.**[4]

روى النهي أبو سعيد وأبو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم.

قال: **وعن السوم على سوم غيره.**

لما روي أبو سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « **لا يَسومُ الرجلُ على سَوْمِ أخيهِ ولا يخطب على خِطبة أخيه** »[5] ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً. وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ الثمن. أما إذا لم يركن البائع إلى ثمن مساومة. فلا بأس أن يزيد عليه. وهو بيع المزايدة لما روي « **أن النبي ﷺ باع قعباً**[6] **وحلساً بثمن يزيد** »[7]

---

[1] ط : المحيط

[2] قد : القدوري

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] ...ي. لسان العرب ٦/٣٥١.

[5] الترمذي السنن **"بيوع"** ٥٧؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٥/٣٤٤؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٥/١٩٣.

[6] القعب قدح وإناء يروي رجلا واحدا. معجم ابن المقرئ ٣/٢٩٨.

[7] السرخسي المبسوط

قال: **وعن تلقي الجلب.**[1]

وهذا إذا كان يضر بأهل البلدة. فإن كان لا يضر لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين. **فخ**[2] يكره لما فيه من الغرور.

قال: **وعن بيع الحاضر للباد.**[3]

لحديث جابر رضي الله عنه قال عليه السلام « **لا يبيع حاضرٌ لبادٍ** [١٧٠/أ] **دعوا الناس يرزق الله تعالى بعضهم من بعض** »[4] قلت[5] ومعناه ما أشار إليه في زاد الفقهاء هو أن يتوكل المصري عن البدوي ليغالي[6] في البيع. ولو باعه بالبدوي بنفسه لا ليغالي. وذكر في **هـ**[7] وهو[8] إذا كان أهل البلدة في قَحط وعَوز. وهو يبيع من[9] أهل البدو[10] وطمعا في الثمن الغالي. والأول أصح لدلالة الحديث عليه. ولأن الثاني أنما يستقيم إذا كان يكلمه من يعني بيع الحاضر من البادي. أما باللام فلا يصحّ.

قال: **والبيع عند أذان الجمعة.**

قال الله تعالى ﴿ **وذروا البيع** ﴾[11] وقد بينا الأذان المعتبر في كتاب الصلاة.

قال: **كل ذلك يكره.**

لما ذكرنا.

قال: **ولا يفسد به البيع.**[1]

فتاوى خواهر زاده

[3] وأما بيع الحاضر للبادي فهو أنه إذا وصل الجالب بالطعام لقيه الحاضر وقال

البخاري الصحيح "**بيوع**" ٦٨؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٢١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٤٦/٥.

[5] أ، ف : قال سلمه الله

لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة.

٦. ٥. ٣ فصل في من ملك مملوكين

قال: **ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما. وكذلك إذا كان أحدهما كبيراً.**

وقال الشافعي يكره في قرابة الولاد حتى يبلغ الصغير سبع سنين. ولا يكره[٢] في غيرها لقوله ﷺ **« من فرّق بين والدةٍ وولدِها فرّق الله بينه وبين الجنة »**[٣] وروي **« وبين أحبَّتِه يوم القيامة »**[٤] ولنا حديث علي ﷺ **« أنه باع أحد الأخوين الصغيرين فقال له النبي ﷺ إذهب واسترده »**[٥] ثم المنع مغلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كإخوة الرضاع ولا قريب غير محرم كبني الأعمال والأخوال. ولا يدخل فيه الزوجان. ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحد الصغيرين له والأخر لصغيره لا بأس ببيع أحدهما.

قال: **فإن فرق بينهما كره له ذلك وجاز العقد.**[٦]

وقال أبو يوسف تبطل في قرابة الولاد. وبه الشافعي لشدة الوعيد والمبالغة في الزجر عن تفريقها. **ط**[٧] وعن أبي يوسف بطل في الكل. ولنا لا خلل في أساس البيع والنهي لمعنى في غيره فلا يوجب البطلان كالبيع وقت البدأ. **ك**[٨] اجتمع مع الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلف الجهة كالعم والخال أو اتفقت كخالين عند أبي يوسف. لأنه يتوحش بفراق الكل في الزيادات إن اتحدت الجهة بترك واحد أو يفرق بينه. والباقي إن شاء عند أبي يوسف لا يفرق بينه وبين الأبعد. وإن وجد الأقرب كالجد مع الأب. وفي رواية يجوز تفريق الأبعد. ذكره محمد في الزيادات. وفي الزيادات اجتمع معه أبواه لم يفرق بينه وأحدهما. لأنه لا يستغني بأحدهما عن الآخر ألفة. ويفرق بينه وسواهما دفع أحدهما بجناية جناها أو دين أو رده بعيب بعد القبض جاز. وعن أبي يوسف يردهما بالعيب جميعاً إن اشتراهما معاً. ولا يكره كتابة

---

[١] ف : العقد

[٢] ف، ق : ولا يكرم

[٣] أبو داود السنن "**جهاد**" ١٢٣؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٤٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٢٦/٩.

[٤] الترمذي السنن "**سير**" ١٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤١٢/٥؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٢٦/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٥/٤.

[٥] الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٢؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٤٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠٢/١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٢٧/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦/٤.

[٦] ف : البيع

[٧] ط : المحيط

[٨] ك : الكفاية للبيهقي

أحدهما وعتقه. وإن دبر أحدهما أو استولد جاز بيع الآخر. لأن المدبر وأم الولد كالخارج عن [١٧٠/ب] ملكه من وجه باع أحدهما نسمة[1] ممن يعتقه يكره عند أبي حنيفة. لأنه ربما لا نفي خلاف محمد. المراهق بيع برضاه ورضا أمه لا يكره. لأن المنع لحقهما. وحكم الكراهة ثابت ما لم يبلغ خلاف الشافعي وقد مر.

قال: **وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما.**

لأن المنع كان لحاجة الصغير. وقد عُدمت. وقد صحّ « **أن النبي ﷺ فرّق بين مارية**[2] رضي الله عنها **وسيرين**[3] **وكانتا أمتين أختين** »[4]

٦. ٥. ٤ فصل في ملحقات هذا الباب. ط[5]

قيل بيع المرهون والمستأجر فاسد. وعامة المشايخ على أنه موقوف. وهو الصحيح إن وصل الرهن إلى الراهن بالقضاء أو الإبراء أو المستأجر إلى المؤجر بمضي المدة أو الفسخ تم البيع. وإن لم يجز أو طلب المشتري من الحاكم التسليم فالحاكم يفسخ العقد بينهما. قال وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء الرهن أو الإجارة. وكذا إن علم عند محمد وقال أبو يوسف ليس له حقّ نقض الشراء. قيل ظاهر الرواية قول محمد. وقيل قول أبي يوسف. وكذا إذا اشترى أرضاً ولها أكار على الوجهين والقولين وليس للمستأجر حقّ فسخ البيع بلا خلاف. وفي المرتهن اختلاف المشايخ. وليس للراهن والمؤجر وقت الفسخ. ص[6] بيع المغصوب موقوف إن أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة تم البيع. وإلا فلا. ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع. وقيل لا لأنه أخلف بدلاً. والأول أصح. بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف شرى المغصوب من غاصب جاحد يجوز. ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى. وعن أبي حنيفة

، الاسكندرية

الزركلي الأعلام

، الحديث. تاريخ مدينة دمشق ٣٤/٢٩٢.

٤ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٨

٥ ط : المحيط

٦ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

روايتان. **خك**[1] ولو أمر الغاصب رجلاً فاشتراه من المالك أو توكل الغاصب من أجنبي واشتراه من المالك صار قابضاً بنفس الشراء. ولو غصب من رجل غلاماً وآخر منه جارية فتبايعا وتقابضا فأجاز المالك لم يجز. ولو غصبا من رجلين وأجاز أجاز. ولو كان عرضاً واحد النقدين جاز في الفصلين. لأن النقد لا يتعين في عقود التجارات[2] والمعاوضات. **ط**[3] **ص**[4] بيع الآبق لا يجوز. والمرسل في حاجة يجوز. فإن عاد من إباقه وسلمه إلى المشتري فعن محمد روايتان. في رواية جاز ولزم حتى يخير من امتنع من المتعاقدين إلا إذا ظهر بعد القضاء بالفساد. وفي رواية لا يجوز. وفيه اختلاف المشايخ. وإن قال رجل الآبق "عندي فبعه مني" فباع جاز. وإن قال "عند فلان" لا يجوز. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة بيع الآبق جائز. وقيل هذا إذا علم المشتري بمكانه. وإن اختلفا في العلم فالقول للبائع شرى ما باع بنفسه أو باع له وكيله ممن باع أو ممن قام مقامه كالوارث بأقل مما باع قبل نقد الثمن. لا يجوز إذا لم ينتقص السلعة بعيب. وكذا إن بقى عليه شيء من ثمنه وإن قل. وتمامه في الزيادات. وبيع أرض [١٧١/أ] القطيعة جائز وهي التي أقطعها الإمام لقوم وخصهم بها. **شح**[5] باع أرضاً هي في عقد مزارعة. المزارع أولى في مدته من أيهما كان البذر. فإن أجازه المزارع فلا أجر لعمله. **ن**[6] إن أجاز المزارع فكلا النصين للمشتري. وكذا في الكرم. وإن كان الأرض فارغة في المزارعة أو لم يظهر الثمار في الكرم جاز اليع. وبه المرغيناني. ولا يجوز بيع هوام الأرض ودواب البحر إلا السمك. وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه فالحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع. **قد**[7]

بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلماً أو غير معلم. **ط**[8] لا شك في جواز بيع الكلب المعلم. وأما غيره فقد ذكر **شس**[9] إن كان يقبل التعليم جاز في الأصح. وفي النوادر بيع الجد ويجوز فهذا يدل[10] علي أن المعلم وما يقبل التعليم سواء. فأما العقور الذي لا يقبل التعليم فلا. وعلى هذا التفصيل الأسد الفهد والبازي يقبلان التعليم بكل حال فجاز بيعهما بكل حال. وفي بيع القرد اختلاف

---

[1] خك : خلاصة الأكمل
[2] ق : - التجارات
[3] ط : المحيط
[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[5] شح : شمس الأئمة الحلواني
[6] ن : النوازل
[7] قد : القدوري
[8] ط : المحيط
[9] شس : شرح السرخسي
[10] أ : - يدلك

الروايات. وبيع الفيل والهرة جائز. ع[1] لا بأس ببيع عظام الميتات إلا عظم الأدمي والخنزير. ولو كان فيها دسومة فهي نجسة لا يجوز بيعها. فب[2] وفي بيع لحم الحمار والكلب ولحوم السباع بعد الذبح اختلاف المشايخ. وأفتى الصدر الشهيد بجوازه. ويجوز بيع جلود السباع والحمر والبغال المدبوغة أو المذبوحة. شح[3] إنما يطهر بالذبح مع التسمية وبدونها لا. ويجوز بيع شعور الميتات وعظامها وصوفها وقرونها إلا من الآدمي والخنزير. ورخص في شعر الخنزير للانتفاع للخرز. وفي عقب الميتة روايتان. ويجوز بيع السرقين[4] والبعر وللانتفاع بها بخلاف العذرة الخالصة. وإن غلبها التراب جاز. ط[5] قال أبو حنيفة كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه والانتفاع به. يعني في غير الأبدان. وفي الأبدان لا يجوز كالفأرة تقع في السمن والعجين والزيت وقع فيه وَدَك الميتة. وإن غلبه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته. ويجوز بيع البربط والطبل والمزمار والدف والبرد وأشباهها عند أبي حنيفة. وعندهما لا يجوز قبل الكسر. وفي السير الكبير[6] إن باعها ممن لا يستعملها. ولا يبيعها المشتري ممن يستعملها جاز قبل الكسر عندهما أيضاً. وإلا فلا. ولا يجوز بيع الماء إلا إذا جمعه في الأوعية. وأما ما جمعه في حوضه.[7] شب[8] إن كان مجصصاً أو من نحاس أو صفر[9] وإلا ففيه اختلاف المشايخ كبيع الجمد في المجمدة في الصيف. والمختار أنه إن سلمه بسوم البيع ثم باع جاز. وإلا فلا. وقيل إن ملاء الحوض من النهر لم يجز. وإن ملاءه بالقربة ونحوهما جاز. وفي البئر إذا كان يجتمع الماء من السيول فلا خير فيه. وبيع الجمد في المجمدة شتاءً بحيث لا يذوب يجوز. وفي الصيف لا يجوز عند أئمة بلخ بكل حال. [١٧١/ب] وقال أبو بكر الإسكاف إن سلم على تسوم البيع ثم باعه جاز. وإن باع ثم سلم لا يجوز. وأفتى الفقيه أبو جعفر بالجواز على كل حال. التعامل الناس وقيل إذا باع وسلم في ثلاثة أيام يجوز وبعدها لا يجوز. وعليه أكثر أئمة ما وراء النهر. وللمشتري خيار الرؤية إذا رأها وقت التسليم وبعده إلى تمام ثلاثة أيام من وقت العقد. وبيع الشرب وحده لا يجوز. ومع الأرض يجوز ولو اشترى. كذا قربة من ماء الفرات. إن كانت بعينها جاز استحساناً للتعامل. وقيل إنما يجوز إذا[10] بين المسقا. وعن أبي حنيفة اشترى. كذا قربة من ماء دجلة على أن يوفيها في منزله جاز إذا كانت قربة بعينها. وعنه فاسد. ولو

---

[1] ع : عيون المسائل للسمرقندي
[2] فب : فتاوى البرهاني
[3] شح : شمس الأئمة الحلواني
[4] أ : السرجين
[5] ط : المحيط
[6] أ : – الكبير
[7] ف : + جاز
[8] شب : شرح بكر خواهر زاده
[9] ق : + جاز
[10] ف : + كان

قال "أسق دوابي كذا شهراً بدرهم" لم يجز. وكذا قربة ورأها القربة جاز. ولو قال "أسقيك ملاء قراحك ماءً" فسقاه من نهره لا شيء له. ولو قال "أسقي دوابك من بئري ومن حوضي كذا" فذاك جائز.[1]

[1] أ، ق : + والله أعلم.



٦. ٦ باب الإقالة

قال: **الإقالة[1] جائزة في البيع بمثل الثمن الأول.[2]**

لقوله ﷺ « **من أقالَ نادماً ببيعته أقال اللهُ عَثراتَه يوم القيامة** »[3] ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه كالعقد الجديد.

قال: **فإن شرط أقل من ذلك[4] أو أكثر منه[5] فالشرط باطل. ويردّ مثل الثمن الأول.**

والأصل فيه أن الإقالة فسخ في حقّ المتعاقدين بيع جديد في حقّ غيرهما إلا إذا تعذر فسخه فبطل عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف هو بيع إلا إذا تعذر فيجعل فسخاً إلا إذ تعذر فيبطل. وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر فيجعل بيعاً إلا إذا تعذر فيبطل لمحمد أن اللفظ للفسخ والرفع. يقال "أقلني عثرتي وأقال الله عثرته" أي رفعها. ورفع البيع فسخه فيحمل عليه. وإذا تعذر يحمل على محتمله. وهو البيع حتى يجعل بيعاً في حقّ ثالث بالإجماع. ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي. وهو حد البيع. ولهذا يبطل بهلاك السلعة. ويرد بالعيب. ويثبت به الشفعة. ولأبي حنيفة أن اللفظ ينبيء عن الفسخ كما مر. والأصل جعل الألفاظ على حقائقها. ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر. لأنه ضده. واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان. ن[6] وكونه بيعاً في حقّ ثالث أمر ضروري كيلا يفوت حقه في المبادلة إذا ثبت هذا.

---

[1] [illegible]

[2] تبيين الحقائق [illegible] البيع. الجوهرة النيرة ٢٧٩/٢.

[3] عبد الرزاق **"مصنّف" ٥٦/٢**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٢٧/٦**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ٣٩/٤**.

[4] ف : منه

[5] ف، ق : – منه

[6] ن : النوازل

فنقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة. لأن رفع ما لم يكن محال فيبطل الشرط. لأن الإقالة لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع. لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد ليتحقق الربا. أما لا يمكن إثباتها في الفسخ. وكذا إذا شرط الأقل لما بينا إلا أن يحدث في المبيع عيب. فيجوز الإقالة بالأول بمقابلة [١٧٢/أ] المخطوط بالعيب. جس[1] يعني إذا كان حصة. وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً. لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف. وعند محمد البيع ممكن. فإن أراد علم أنها قصد البيع. وكذا في شرط الأول عند أبي يوسف. لأنه الأصل عنده. وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول. لأنه سكوت عن بعض الثمن. ولو سكت عن الكل وأقال كان فسخاً. فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد أو إذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما مر. ولو قال "بغير جنس الثمن الأول" فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة. وجعل التسمية لغواً. وعندهما بيع لما مر. ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقائلا فالإقالة باطلة عنده. لأن الولد مانع من الفسخ. وعندهما يكون بيعاً. والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد. وكذا عند أبي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع عنده. ك[2] وعن الحسن عن أبي حنيفة بيع بعد القبض فسخ قبله إلا في العقار. فإنه بيع فيهما. وعند الشافعي الإقالة بغير الثمن الأول باطلة. وقبول الإقالة يقتصر على المجلس كالبيع. ويصح بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل. لأنه لا يكون إلا بعد نظر كالنكاح. وعند محمد كالبيع.

قال: **وهي فسخ في حقّ المتعاقدين بيع جديد في حقّ غيرهما في قول أبي حنيفة.**

لما مر. وقال زفر فسخ في حقّ الكل حتى لا يتعلّق به الشفعة تحقيقاً لمعنى الفسخ. وهو[3] عود كل واحد إلى حقه.

قال: **وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة. وهلاك المبيع يمنع[4] صحتها.[5] وإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في باقيه.**

وأصله أنه إذا بقي ما تعين بالعقد أو شيء منه كالمبيع أو أحد البدلين في المقايضة أو شيء منه جازت الإقالة لبقاء العقد وأمكن رفعه. وإذا لم يبق ما تعين بالعقد لم يبق العقد. ولا يمكن رفعه. والثمن مما لا يتعين بالعقد فلا يبقى العقد ببقائه فلا يصحّ. جس[6] ط[7] الزيادة المتصلة لا تمنع الإقالة قبل القبض وبعده.

---

[1] جس : أجناس الناطفي
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] ف : – وهو
[4] ف، ق : + منها
[5] ف : – صحتها
[6] جس : أجناس الناطفي
[7] ط : المحيط

والمنفصلة تمنع بعده لا قبله. إقالة الوكيل في السلم تجوز عند أبي حنيفة ومحمدكالإبراء. وكذا إقالة الوكيل بالبيع عندهما. وإقالة الوكيل بالشراء لا يجوز إجماعاً. وفسخ الموكل مع المشتري جائز. **جت**[1] إقالة الوارث جائزة. وروي أنها بيع. وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي. **شح**[2]

الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة. **ص**[3] في المأذون أجمعوا أنه لا يجعل بيعاً. وإن أمكن أن يجعل بيعاً متى حصل بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الرد. وإنما الخلاف في لفظ الإقالة. **مت**[4] قيل[5] وبيع المنقول [١٧٢/ب] من البائع قبل القبض لا يصحّ. ويبقى البيع الأول. ولو وهبه منه فقتل ينفسخ .ولو اشترى عبداً ثم قال "بعه لنفسك قبل القبض" فباعه فهو فسخ. ولو رد المشتري المبيع قبل القبض انفسخ البيع قبل البائع أو لم يقبل.

---

١ جت : جمع التفاريق للبقالي

٢ شح : شمس الأئمة الحلواني

٣ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٤ مت : مجد الأئمة الترجماني

٥ أ، ق : - قيل



٦. ٧ باب المرابحة والتولية

قال:[١] **المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. والتولية**[٢] **نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول**[٣] **من غير زيادة ربح.**

وهما جائزان لاستجماع شرائط الجواز والمساس حاجة الناس إليه. لأن من لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن تعتمد فعل المهتدي ويطيب قلبه بما اشتراه وبه وبزيادة معينة فوجب القول بجوازه. وبه جرت عادة المسلمين في سائر الأعصار من غير نكير. وقد صحّ « **أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة اشترى أبو بكر** رضي الله عنه **بعيرين. فقال له ﷺ ولِّني أحدَهما فقال هو لك بغير شيء. فقال أما بغير ثمن فلا** »[٤]

قال: **ولا تصحّ المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل.**

لأنه إذا لم يكن له مثل بملكه بالقيمة. وهو مجهولة النوع والقدر. فيمنع الصحة. ك[٥] ثم إن كان الثمن مثلياً جاز سواء كان الربح من جنس رأس المال أو غيره. لأنه تمليك مبتدأ في حقّ الربح كيف ما كان. وإن لم يكن مثلياً إن باعه مرابحة أو تولية ممن لا يملك ذلك البدل لا يجوز. وإن باعه ممن يملك كما لو باع العبد مرابحة من بائعه أو ممن يملكه على البائع جاز سواء جعل الربح من جنسه أو لا كما لو قال "أبيعك بربح درهم" أو "قفيز حنطة" جاز. وإن قال بربح ده يازده لا يجوز.[٦] لأنه لا يمكن تسليم عشرة إلا

---

١ ... اشتراك. الجوهرة

٢ ... شبهتها. فتح القدير ٦/٤٩٤.

٣ ف، ق : - بالثمن الأول

٤ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٤١.

٥ ك : الكفاية للبيهقي

٦ ...

بالرجوع إلى القيمة. وهي مجهولة. ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم فأعطاه عنها ديناراً أو ثوباً ثم باعه مرابحة برأس المال لزمه العشرة لا ما نقد. لأنه بها ولو قال "أبيعك هذا الثوب بربح درهم" لزمه عشرة مثل ما نقد. وإن خالف نقد البلد ولزمه الربح من نقد البلد إذا أطلق. لأن رأس المال يجب فيه رد المثل فلا يتغير. وفي الربح يعتبر الإطلاق والتقييد حتى لو قال "أبيعك بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن. لأنه جعله جزاء من الثمن. وكان على صفته. ط[1] اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ "قام عليّ بكذا وباعه بربح مائة درهم أو بده دوازده" فالربح ورأس المال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة. وإذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة. ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور. وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار. إن شاء أخذ. وإن شاء ترك. ط[2] ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد. وإن علمه في المجلس صحّ وله [١٧٣/أ] الخيار قد باعه شيئاً بربح ده يازده ولم يعلم ما اشترى به فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع في رواية ابن رستم عن محمد. وفي رواية ابن سماعة عنه أنه جائز. وتأويله أنه موقوف في حقّ وصف الجواز.

قال: **ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز[3] والفتل[4] وأجرة حمل الطعام**.

لأن العادة جرت بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عرف التجار. والأصل فيه أن كل ما يوجب زيادة في غير المبيع أو في قيمته ملحق برأس المال. وما عدّه يزيد في غير المبيع وحمل الطعام يزيد في قيمته لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة. ط[5] الأصل فيه أن ما جرت العادة بإلحاقه برأس المال يلحق به. وما لا فلا أو نقول ما زاد به مالية المبيع صورة ومعنى ملحق به. وما لا فلا. وما عمل بيده من قصارة أو خياطة وما أشبههما من الأعمال لا يلحق به. كذا ما أنفق على نفسه. وما يوجد في الطريق من الباج وأجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق وأجرة الحمام وأجرة السمسار مطلقاً. وقيل إذا لم يكن مشروطة في العقد.

الاستبدال. تحفة الفقهاء

لسان العرب ٣٦٨/٥.

٤ الفتل هو ما يصنعونه في أطراف الثياب بحرير أو كتان. الجوهرة النيرة ٢٨٥/٢.

٥ ط : المحيط

ولا يلحق أجرة الدلال بالإجماع. ولا ثمن الحلال والبراقع في الدواب والنياب في الرقيق وأجرة الراعي على خلاف ولا كل ما جاوز القوت من الطعام والأدام ولا أجرة سائق الرقيق وحافظ الطعام والمتاع ولا أجرة تعليم القرآن والكتابة والصناعة والشعر عند أبي يوسف خلاف محمد. ولا أجرة الكيال في الطعام ونحوها. ويلحق به طعام الرقيق وكراؤهم وأجرة سائق الغنم وأجرة السمسار المشروط في العقد وثمن علف الدواب وأجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناء في الأرض ونفقة الكراب وكسح الكروم وسقي الزارع والكروم ما بقيت.[1] فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه وأجرة لقاط الثمن والسلاح والملاح اللحوم ونحوها. وإن أنفق على الغنم وأصاب من أصوافها وألبانهم يضم ما فضل من قيمتها على الصوف واللبن. وكذا الدجاجة إذا باضت. وأصله أن يحسب منه زيادة المبيع. ويرجع بفضل النفقة.

قال: **ويقول "قام عليّ بكذا." ولا يقول "اشتريته بكذا".**

تحرزاً عن الكذب والتعزير.

قال: **فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة. إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك.[2] وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف يحط فيهما. وقال محمد لا يحط فيهما.**

لكن يخير فيهما لمحمد أن الاعتبار للقسمة لكونها معلومة. والمرابحة والتولية ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلام. فيتخير بفواته. ولأبي يوسف أن الأصل فيه كونه مرابحة [١٧٣/ب] وتولية. ولهذا ينعقد بقوله "ولّيتك بالثمن الأول" أو "بعتك مرابحة على الثمن الأول" إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الأول. وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال. وفي المرابحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا يكون بيع تولية. لأنه يزيد على الثمن الأول. فيتغير التصرف فتعين الحط. وفي المرابحة لو لم يحط يقع مرابحة. وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخير. فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة. لأنه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب. لأنه بطالته بتسليم الفائت. فيسقط ما يقابله عند العجز. **شط**[3] شبهة الخيانة فيهما ملحقة بالحقيقة حتى لو اشترى نسيئة لم يبعه مرابحة بذلك الثمن حالاً. لأنه يزاد في الثمن للأجل. وكذا لو صالح من عشرة على ثوب لم يبعه مرابحة على عشرة. لأن مبنى الصلح على الحط. ولو علم المشتري بذلك يخير بين الأخذ بكل الثمن وبين

---

[1] ... يضمه. تبيين الحقائق ٧٤/٤.

[2] ف، ق : رده

[3] شط : شرح الطحاوي

الترك. هـ[1] ولو باعه بربح ثم اشتراه مراراً طرح عنه عند بيعه مرابحة كل ربح قبل ذلك كمن اشترى بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة باعه مرابحة على خمسة. وإن استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة كما إذا باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة عند أبي حنيفة. وقالا يبيعه فيهما على الثمن الأخير. ط[2] تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان عندنا. وإن كان بفعله أو بفعل الأجنبي لم يبعه حتى يتبين. وكذا لو حبس نماه كالثمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الأجنبي. وإن هلك بآفة سماوية جاز بيعه مرابحة من غير بيان. ط[3]

يجوز بيع بعض المبيع من المثليات مرابحة كيف ما كان. وكذا من غيرها مشاعاً إلا إذا عين لكل ثوب أو عبد أو شاة ثمناً يجوز كيف ما كان خلاف محمد. البيوع في حقّ البدل خمسة بيع مساومة. وهو البيع بأي ثمن اتفق وبيع مرابحة وبيع تولية. وقد بيناهما. وبيع مشاركة وهو التولية ببعض المبيع مشاعاً. وبيع وضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه كدينار أو درهم. وإن قال بوضيعة ده يازده يضم قدر الوضيعة إلى رأس المال ثم أسقطه من الجملة كمن اشترى ثوباً بعشرة وباعه بوضيعة ده يازده فأضرب عشرة في أحد عشر يكون مائة وعشرة. وأسقط الجزء الحادي عشر [١٧٤/أ] منها. وهي عشرة يبقى مائة. وذلك تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزأ من درهم.[4]

٦. ٧. ١ فصل في من اشترى شيئا مما ينقل

قال: **ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحوّل لم يجز له بيعه حتى يقبضه.**

ل« **أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض ونهى أيضاً عن بيع وغرر** »[5] وفيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك.

قال: **ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد لا يجوز.**

بإطلاق النهي ولهما أن العقار قبل القبض في محل قبضه فصح كمن اشترى ما في يده. ولأن النهي معلول بعلة غرر الانفساخ. وقد عدم فيه لبذرة هلاكه. ط[6] في معرفة المبيع والثمن. قد[7] كل ما يتعين بالعقد فهو مبيع. وما لا يتعين فثمن. فالدراهم والدنانير أثمان أبداً. وذوات القيم مبيعة أبداً. والمثليات

---

[1] ه : هداية
[2] ط : المحيط
[3] ط : المحيط
[4] أ : + والله أعلم.
[5] أبو داود السنن "**إجارة**" ٦٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٣/٤.
[6] ط : المحيط
[7] قد : القدوري

كالمكيلات. والموزونات والعدديات المتقاربة إذا قوبلت بالدراهم والدنانير فمبيعة. وإن قوبلت بالأعيان وعن معينة فثمن ومبيع. وإن لم يكن معينة فثمن إن استعملت استعمال الأثمان. وإلا فمبيع كمن اشتريت منك كذا من الحنطة بهذا العبد فلا يصحّ إلا بشرائط السلم. **خك**[1] إن المثليات إذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها فثمن مطلقاً دخل عليها الباء أو على أو لا. وإذا عرفت المبيع والثمن فيقول إذا كان المبيع منقولاً لا يجوز بيعه قبل القبض. وكذا الأجرة إذا كانت عيناً وبدل الصلح عن الدين والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد إذا كانت عيناً جاز بيعها وإجارتها قبل القبض. ولو تصدق بالمبيع المنقول والأجرة أو أقرض أو أوصى أو وهب جاز عند محمد خلافاً لأبي يوسف. وأما العقار إذا ملك بالشراء أو الإجارة أو الصلح عن الدين يجوز التصرف فيه قبل القبض. وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز. ولو وهب جاز بالاتفاق. ولو أعار المنقول من البائع لا يصحّ. ولو عطب فمن مال البائع. وإن أعاره من أجنبي وأمره بقبضه فقبض صح. ولو باعه من بائعه أو آجره لم يجز. ولا يجب الأجر بالاستعمال لعدم التسليم. وهبته منه إقالة. وقد مر. وأما الثمن فالتصرف في الأثمان والديون قبل القبض استبدالاً سوى العرف والسلم جائز. واختلف في القرض. والأصح جوازه. ولو باع عبداً أو سلم ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز. ومن أجنبي لا يجوز.[2] **ط**[3] الأصل في جنس هذه المسائل أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حقّ كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد. وما هو فسخ في حقّ المتعاقدين بيع في حقّ الثالث يجوز من المشتري [١٧٤/ب] دون الأجنبي.

قال: **ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا يأكله حتى يعيد الكيل أو الوزن.**

ل« **نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجريَ فيه صاعان صاعُ البائع وصاع المشتري** »[4] ولأنه يحتمل أن يزيد على القدر المذكور. وذلك للبائع. والتصرف في مال الغير حرام بخلاف ما إذا باعه مجازفة أو مذروعاً مذارعة. لأن الزيادة له. ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري. لأنه ليس صاع البائع والمشتري. وهو شرط ولا بكيله بغيبة[5] المشتري. لأن الكيل من باب التسليم. ولا تسليم إلا بحضرته. ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث. والأصح أنه يكتفى به.

---

[1] خك : خلاصة الأكمل

ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٣٧؛ الدارقطني السنن ٣٨/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣١٦/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٤/٤.

[5] أ : لغيبة

لأن المبيع صار[1] معلوماً بكيل واحد. ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل كالمسلم إليه. إذا اشترى كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء حتى يكيله المشتري بحكم الشرى ثم لنفسه بحكم السلم بخلاف القرض. لأن المقبوض فيه عين حقه حكماً فيكفيه كيل واحد. **شط**[2] **ه**[3] ولو اشترى المعدود عداً فكالموزون لحرمة الزيادة عليه. وعندهما كالمذروع. لأنه ليس من الربويات. ثم إن باعه فيما لم يجز له بيعه كان فاسداً.

قال: **والتصرف في الثمن قبل القبض جائز.**[4]

لما بينا.

قال: **ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن. ويجوز للبائع أن يزيد في المبيع. ويجوز أن يحط من الثمن. ويتعلّق الاستحقاق بجميع ذلك. والزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد.**

وعند زفر والشافعي إنما يصاحب باعتبار ابتداء الصلة لا باعتبار الاستحقاق. **ط**[5] وعند الشافعي لا يصحّ أصلاً. لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً. لأنه يصير ملكه عوض ملكه. فلا يلتحق بأصل العقد. وكذا الحط. لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع. فتعذر إخراجه فصار برأ مبتدأ. ولنا أن الزيادة والحط يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع.[6] وهو كونه رابحاً أو خاسراً أو عدلاً. ولهما ولاية[7] الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التعبير فصار كشرط الخيار أو إسقاطه. **ه**[8] ثم إذا صحّ يلتحق بالعقد. لأن وصف الشيء يقوم له[9] بخلاف حط الكل. لأنه تبديل لأصله فلا يلتحق به. ويظهر حكم الالتحاق في

---

[1] ف : جاز

[2] شط : شرح الطحاوي

يمنعه. المبسوط ١٣/١٠.

[5] ط : المحيط

[6] أ : - إلى وصف مشروع

[7] ف : - ولاية

[8] ه : هداية

[9] ف، ق : به

المرابحة والتولية حتى يجوز على الكل في الزيادة. وعلى الباقي[1] في الحط والشفعة حتى يأخذ بما بقى. وإنما لا يلزم الزيادة الشفيع. لأنهما لا يملكان إبطال حقّ ثابت للشفيع. ط[2] شرط صحة الزيادة في الثمن بقاء المبيع محلاً للمقابلة في حقّ المشتري حقيقة في ظاهر المذهب حتى لو باعه [١٧٥/أ] المشتري أو تصدق[3] أو وهب وسلم لا تصحّ الزيادة. وعن محمد تصحّ لبقاء المبيع. وعن أبي حنيفة[4] يصحّ وإن هلك المبيع. ولو تقابضا عبداً بأمة وهلك أحدهما صحّ الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو زاد بعدما تقرر العقد عليه بالعتق أو التدبير أو التخمر في العصير جاز خلافاً لهما. وكذا الزيادة في المهر بعد موتها. جت[5] يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع بخلاف الزيادة في الثمن. ولو اشترى عبداً بدرهم وتقابضا ثم رده بعيب بقضاء فلم يقبضه حتى باعه من المشتري يجوز. ومن أجنبي لا يجوز.

قال: **ومن باعه بثمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً.**

لأن الأجل حقه فله أن يؤخره تيسيراً عليه. ولهذا يملك إبراءه مطلقاً. فكذا موقتاً. ولو أجله إلى أجل مجهول فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يجوز. وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز كالكفالة.

قال: **وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً إلا القرض. فإن تأجيله لا يصحّ.**

لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصحّ بلفظة الإعارة. ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة. إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصحّ. لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة. وهو ربا. وهذا بخلاف ما أوصى أن يقرض من ماله فلاناً[6] ألف درهم إلى سنة حيث يلزم من ثلاثة أن يقرضوه. ولا يطالبوه قبل المدة. لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى. فيلزم حقاً للموصي.[7]

---

[1] ف : - وعلى الباقي
[2] ط : المحيط
[3] ف : أو وهب أو تصدق
[4] ف : - وعن أبي حنيفة
[5] جت : جمع التفاريق للبقالي
[6] ق : - فلانا
[7] أ : + والله أعلم.



٦. ٨ باب الربا

الأصل في حرمة الربا[1] الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **وحرم الربا** ﴾[2] وتأكيده بقوله ﴿ **ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون** ﴾[3] وكفى بتعليق الإيمان بترك الربا والإيذان بحرب من الله ورسوله[4] بمباشرته حجة قاطعة على حرمته. وأما السنة فأكثر من أن يحصى منها قوله عليه السلام « **الربا سبعون حَوْباً أدناها كوقوعه**[5] **بأمه وهو يعرفها** »[6] وأما الإجماع فقد اتفقت الصحابة والتابعون والمجتهدون على حرمة الربا وإن اختلفوا في معناه. وعلته. **شح**[7] اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النساء يكفر. وفي ربا الفضل في القدر اختلاف. قلت[8] وإنما اختلفوا في ربا القدر. لأن ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى الربا إلا في النسيئة. وتمسك بقول النبي عليه السلام « **لا ربا إلا في النسيئة** »[9] **جع**[10] **شق**[1] الربا في اللغة هو الزيادة. وفي الشريعة عبارة عن عقد فاسد. وإن لم يكن فيه زيادة حقيقة.[1] لأن [١٧٥/ب] بيع الدرهم بالدرهم نساء ربا وإن لم يتحقق فيه زيادة.

ا بحرب من الله ورسوله. البقرة ٢٧٩/٢.

٥ أ، ق : كوقوعة

٦ ابن ماجه السنن "تجارات" ٥٨؛ ابن أبي شيبة "مصنّف" ٣١٩/١١ بلفظ "الربا سبعون حوبا أيسرها نكاح الرجل أمه وأربى الربا استطالة الرجل في عرض أخيه"

٧ شح : شمس الأئمة الحلواني

٨ أ : قال سلمه الله

٩ مسلم الصحيح **"مساقاة"** ٨٠؛ أبو داود السنن **"بيوع"** ١٢؛ الترمذي السنن **"بيوع"** ٢٣؛ النسائي السنن الكبرى **"بيوع"** ٤٢؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٣٢/٢.

١٠ جع : جمع العلوم للبقالي

قال: **الربا[٢] محرم في كل مكيل أو موزون إذا[٤] بيع بجنسه متفاضلا. والعلة فيه[٥] الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس.** هـ[٦]

ولفظ القدر مع الجنس أشمل. ط[٧] عني بالكيل أو الوزن في مثمنين أو ثمنين حتى لو أسلم الدراهم في الزعفران يجوز. والأصل فيه ما روى أبو سعيد الخدري ﷺ وعبادة بن الصامت ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال « **الذهب بالذهب مثلا بمثل يد بيد والفضلُ ربا والفضّة بالفضّة مثلا بمثل يد بيد والفضلُ ربا والحنطة بالحنطة مثلا بمثل يد بيد والفضل ربا** »[٨] وذكر « **الشعير بالشعير والتمر[٩] بالتمر والملح بالملح** »[١٠] على هذا الوجه. ويروي هذا بالرفع بتقدير بيع التمر بالتمر مثل بمثل وبالنصب بإضمار بيعوا. وهذا النص معلول بإجماع القائسين. وحكمه عندنا وجوب المساواة في الكيل والوزن. وحرمة الفضل بناء على عدمها. ووجوب المساواة من حيث النقدية. وحرمة النسيئة بناءً عليه.

وعلته الكيل مع الجنس في المكيلات والوزن مع الجنس في الموزونات. وهذا الحكم يتعدى إلى جميع المكيلات والموزونات بهذه العلة. وعند الشافعي حكمة حرمة بيع هذه الأشياء بجنسها. والمعيار مخلص والجنس شرط. وعلته الطعم في المطعومات والثمنية في الثمنيات. والأصل هو الحرمة عنده. لأنه نص على شرطين. التقابض والمماثلة. وكل ذلك علم على[١١] العزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة

---

[١] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[illegible]

والأثمان. تحفة الفقهاء ٢/٢٥.

[٤] ف، ق : - إذا

[٥] ف، ق : - فيه

[٦] ه : هداية

[٧] ط : المحيط

[٨] البخاري الصحيح "بيوع" ٧٩؛ مسلم الصحيح "مساقاة" ٨٤؛ أبو داود السنن "بيوع" ١٢؛ الترمذي السنن "بيوع" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى

[illegible]

ووزناً. المحيط البرهاني ٦/٣٥٩.

[١٠] مسلم الصحيح "مساقاة" ٨٢؛ النسائي السنن الكبرى "بيوع" ٤٣؛ أحمد بن حنبل "المسند" ٣/٦٦.

[١١] ف : - على

تناسب إظهار الخطر والعزة هو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح[1] بها. ولا أثر للجنسية في ذلك فجلعناه شرطاً. والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا « **أنه ﷺ أوجب المماثلة شرطاً في البيع** »[2] وهي المقصود في البيع.[3] لأنه ينبئ عن التقابل. وذلك بالتماثل. ولأن المماثلة تصون أموال الناس عن التوى وإياهم عن التنازع. والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى.[4] والمعيار يوجب المماثلة صورة. والجنسية توجبها معنى فيظهر الفصل على ذلك فيتحقق الربا أو لأن المساواة إذا[5] وجدت في المعيار. وانعدمت من جميع الوجوه جاز البيع. وعلى عكسه لا يجوز. فثبت أن الفصل في القدر هو العلة والقدر مع الجنس علة شاملة. والطعم غير[6] شامل إجماعاً. ولأن تعلق الحكم بما ذكرنا مجمع عليه فكان اعتباره أولى. ولأن ما ذكره الخصم يبطل بالعرايا. لأنه بيع مطعوم بمطعوم من غير مماثلة. ولأن علته في الموزونات غير متعدية. ويبطل أيضاً[7] بالفلوس النافقة. فإنها أثمان. ولا ربا فيها. ولا اعتبار للوصف. لأنه لا يعد [١٧٦/أ] تفاوتاً عرفاً. ولأن في اعتباره سدّ باب البياعات. ولأن الطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع. والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الحاجة إليها دون التضييق. فلا عبرة لما ذكره الخصم إذا ثبت هذا نقول لا يجوز بيع قفيز جَصٍّ بقفيزي جَصٍّ لوجوه العلة. وهي الكيل والجنس. وعند الشافعي يجوز لعدم الطعم. ويجوز عندنا بيع تمر بتمرتين وحفنة[8] بحفنتين وبطيخة ببطيخين لعدم العلة وعنده لا يجوز لوجود الطعم.[9] فرع جبر أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة وأمثالها نصف صاع حتى لو باع منوين من الحنطة أو من الشعير بثلاثة أمناء لا يجوز. وبيع منوين ثمن منها يجوز. ه[10] وما دون نصف صاع في حكم

---

[1] ف، ق : + الشرع

[2] الهداية ٦١/٣.

[7] لسان العرب

[8] الطعم. والثاني

[9] والطعم. تحفة الفقهاء ٢٦/٢.

[10] ه : هداية

الحفنة وفي الأسرار ما دون الحبة من الفضّة والشعير من الذهب لا قيمة له. جت[1] قيل لا رواية في بيع الحفنة بالقفيز واللب بالجوز. والصحيح ثبوت الربا.

قال: **وإذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً جاز البيع. وإن تفاضلا لم يجز.**

لما مر.

قال: **ولا يجوز بيع الجيد بالردئ مما فيه الربا إلا مثلا بمثل.**

لعموم الخبر ولقوله ﷺ « **جَيِّدُها ورَديئُها سواءٌ** »[2]

قال: **وإذا عُدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حلّ التفاضل والنساء.**

لعدم العلة المحرمة. والأصل فيه الإباحة.

قال: **وإذا وُجدا حرم التفاضل والنساء**

لوجود العلة.

قال: **وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء**

كمن باع ثوباً هروياً بهرويين أو قفيز حنطة بقفيزي شعير جاز. ولو أسلم هروياً في هروي أو قفيز حنطة بقفيز شعير لم يجز فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء. لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل. وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى جاز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى. ولنا قوله ﷺ « **إذا اختلفَ النوعان فبِيعوا كيف شِئتم ولا خير فيه نسيئة** »[3] وعن ابن عمر رضي الله عنه « **أن النبي ﷺ قال لا تبيعوا الصاع بالصاعين ولا الدرهم بالدرهمين فقام رجل فقال يا رسول الله إنا نبيع الفرس بالأفراس والنجيب بالنجائب فقال ﷺ لا بأس بذلك يداً بيد ولا خير فيه نسيئة** »[4] فيثبت بالحديثين أن أحد الوصفين كان لحرمة النساء. ولأنه مال الربا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فيتحقق شبهة الربا. وهي مانعة كالحقيقة. فإن قلت هذا[5] يشكل بإسلام أحد النقدين في الزعفران ونحوه. فإنه يجوز وإن جمعهما الوزن.

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٤٧.

[3] مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨١؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٣٢٠؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤/٣١٩.

[4] البخاري الصحيح "**بيوع**" ١٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٧٨؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٤٨؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/١٠٩؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤/٤٩٨.

[5] ف : - هذا

قلت النقدان والزعفران لم يتفق [١٧٧/ب][1] في صفة الوزن لأن الزعفران يوزن بالأمناء. وهو مثمن يتعين بالتعيين. والنقود يوزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين. ولو باع بالنقود موازنة و قبضها يصحّ التصرف فيما قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز. فإذا اختلفا فيه صورة ومعنا وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فيصير شبهة الشبهة أي اتحاد في الوزن. وهي عين معتبرة ثم لا بد من معرفة اتحاد الجنس واختلافه. **ك**[2] اختلاف الجنس يعرف باختلاف اسم الذات والمقصود أو اختلاف مضاف إليه بالصنعة والمنتسب. والثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بالصنعة. وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان جنسان واللبد الأرمني والطالَقاني جنسان.[3] والثمن كله جنس واحد. والحديد والرصاص والصفر والشبه أجناس. ولحم البقر والغنم ولبنهما جنسان. والقطن والكتان جنسان. وكذا غزل الصوف والشعر جنسان. ولحم البقر والجاموس جنس. والضأن والمعز كذالك. والإلية واللحم وشحم البطن أجناس. ودهن البنفسج والخيري جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس. ويجوز بيع قفيز سمسم مربى بقفيزي سمسم غير مربى. وجعل فضل هذا نظير ذلك. ولا يجوز بيع رطل من زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة.

قال: **وكل شيء نصّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح. وكل ما نصّ على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضّة.**

لقوله عليه السلام « **لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل وزنا بوزن ولا تبيعوا البر بالبر كيلا بكيل** »[4] حتى ذكر الأشياء الستة. وهذا يقتضي أن لا يجوز بيعها أبدا كذلك لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى. قلت وثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا أو متفاضلا نقدا أو نسيئة لا يجوز.

قال: **وما لم ينصّ عليه فهو محمول على عادات الناس.**

---

[1] ١٧٦-ب و ١٧٧-أ ساقط عن نسخة أ.

[2] ك : الكفاية للبيهقي

البخاري الصحيح "**بيوع**" ١٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٧٨؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٤٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠٩/٢؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٩٨/٤.

لأنها دلالة. وقال الشافعي يعتبر فيها العادة في[1] عهد النبي ﷺ فما اعتادوا بيعه كيلا فهو مكيل في جميع الدنيا. وكذا الوزن لقوله ﷺ « **الوزن وزن مكة والكيل كيل المدينة** »[2] قلنا في ذلك في نصاب الزكاة والكفارات. لأن الأمة أجمعت على خلاف ذلك في البياعات. وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا. لأن النص على ذلك لمكان العرف. وقد تبدل فيتبدل حكمه. ولو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما. وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعتاد فيه كالمجازفة خلاف أبي يوسف. **م**[3] باع تمرا بتمر مثلا بمثل وزنا بوزن والكيل متفاوتة ففيه قولان. **جت**[4] روي عنهما جواز السلم في المكيلات وزنا بخلاف بعضها ببعض. وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يجوز. وكذا أطلقه الطحاي فيه. وفي العكس وعن محمد في التمر وزنا لا يجوز. وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني. معناه ما يباع بالأواقي كالادهان في عامة البلدان. لأنها قدرت بطريق الوزن. وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن.

قال: **وعقد الصرف بما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس.**

لقوله ﷺ « **الذهب بالذهب والفضّة بالفضّة مثلاً بمثل يداً بيد هاء وهاء والفضل ربا** »[5] وقال عمر وإن استنظرك[6] إلى وراء السارية[7] فلا تنظره.[8]

قال: **وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض.**

وقال الشافعي التقابض شرط في المجلس في بيع الطعام لقوله ﷺ في الحديث المعروف « **يداً بيد** »[9] وللنقدية أيضا فضل فيثبت شبهة الربوا كالنقود. ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب. وهذا لأن الفائدة المطلوبة أنما هو التمكن في التصرف فيه. فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف. لأن

---

[1] ق : على

[2] أبو داود السنن "**بيوع**" ٨؛ النسائي السنن الكبرى "**زكاة**" ٤٤.

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

[6] أي استمهلك البائع أو المشتري وطلب منك التأخير. الموطأ لإمام محمد ٢٣٦/٣.

[7] وفي رواية آخر أن يدخل بيته. الجوهرة النيرة ٣٤٧/٢.

[8] من الإنظار أي فلا تمهله. الموطأ لإمام محمد ٢٣٦/٣.

[9] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

القبض فيه ليتعين به. ومعنى قوله ﷺ « **يداً بيد** »[1] عينا بعين. وكذا رواه عبادة بن الصامت ﷺ. وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل.

قال: **ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق.**

لأن المجانسة باقية من وجه. لأنهما من أجزاء الحنطة. والمعتاد فيهما الكيل. لكن الكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات[2] فلا يجوز. وإن كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط. وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة. فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه. وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة. **جش**[3] القَزُّ والإبريسم كالدقيق مع الحنطة.

قال: **ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد لا يجوز إلا أن يكون اللحم الذي في الحيوان أقل مما هو المعقود عليه.**

في المتجانس إلا إذا كان اللحم المقدر أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم. والباقي بمقابلة السقط كالحل بالسمسم. وقال الشافعي لا يجوز أصلاً. وله في غير المتجانس قولان لنهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون. لأن الحيوان لا يوزن عادة. ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لتفاوت السقط. ولأنه يخفف نفسه مرة. ويثقله مرة بخلاف السمسم. لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز. وأما النهي عن بيع اللحم بالحيوان فهو مرسل. والمرسل ليس بحجة عنده على أنه روي فيه زيادة أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان نسيئة.

قال: **ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل والعنب بالزبيب.**

وقالا لا يجوز. وبه الشافعي لقوله ﷺ « **حين سُئل عنه أينقص إذا جفّ فقيل نعم فقال ﷺ لا إذاً وله أن الرطب تمر** »[4] لقوله ﷺ حين أُهدي رطباً « **أكلُّ تمرِ خَيْبَرَ هكذا** »[5] وبيع التمر بمثله جائز لما روينا. ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث. وإن كان غير تمر فبآخره. وهو قوله ﷺ « **إذا**

---

[1] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

[2] ف، ق : + الحنطة

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٩٧/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٥١/٤.

[5] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٨٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٨؛ الدارقطني السنن ١٩/٣.

اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد »[1] ومدار ما رواه على زيد بن عياش ﵁.
وهو ضعيف عند النقلة. **هـ**[2] وقيل بيع العنب بالزبيب لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية. والرطب بالرطب يجوز متساوياً كيلاً عندنا. لأنه بيع التمر بالتمر. وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع[3] منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد لا يجوز جميع ذلك.[4] لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال. وهو المال. وأبو حنيفة يعتبرها في الحال. وكذا أبو يوسف عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر بما روينا لهما. ولو با ع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز. لأن البسر تمر بخلاف الكفري.[5] فإنه عددي متفاوت حتى لو با ع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة.

قال: **ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج**[6] **حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم. فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير.**[7]

لأن عند ذلك يعدي عن الربا أو ما فيه من الدهن موزون. ولو كان ما فيه أكثر ومتاسوياً له في الثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده[8] فضل. ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز أيضاً لاحتمال الربا. والشبهة فيه كالحقيقة.[9] والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدلسه على هذا الاعتبار. **جش**[10] واللبن المخيض بالحليب. لأن فيه زيادة الزبدة. فلا يجوز سواء إلا أن ينقص كيله إذا خرج زبده. وكذا النخالة بالدقيق بالاعتبار بأن يكون [١٧٨/أ] النخالة الخالصة أكثر. وعن محمد لا يجوز إلا متساوياً. **خك**[11] ولا خير في بيع النخالة بالحنطة. **جع**[1] بيع الجوزقه بالغزل جائز كيف ما كان على الأصح. وقيل إنما

---

[1] مسلم الصحيح **"مساقاة"** ٨١؛ أبو داود السنن **"بيوع"** ١٢؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٣٢٠/٥؛ ابن أبي شيبة

وتابعه. المعجم

السرخسي. الفتاوى الهندية

لسان العرب

بالإجماع. هداية ٦٥/٣.

[10] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[11] خك : خلاصة الأكمل

يجوز بالاعتبار. وقيل لا يجوز كيف ما كان بيع الحنطة فيها حبات الشعير بحنطة مثلها لا يجوز إلا متساوياً. لأن الشعير صار مستهلكاً. وعن محمد لا يجوز اللبن بالجبن ولا الزبد بالسمن كيف ما كان. واختلف في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالإجماع. وعن أبي حنيفة لا يجوز الثوب في القطن. لأنه قد يصير ثوباً يعني في السلم بخلاف النقد متفاضلاً.

قال: **ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها متفاضلاً.**

ومراده لحم الإبل والبقر والغنم. وأما البقر والجوامس جنس. وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي.[2]

قال: **وكذلك ألبان البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب.**

وعن الشافعي أنهما جنس واحد لاتحاد المقصود. ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة. فكذا أجزاؤها. وقد مر الأجناس المختلفة والمتحدة في أول الباب.

قال: **ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً.**

لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة. وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه. والفتوى على الأول. وهذا إذا كانا نقدين. وإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً. وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف. وعليه الفتوى. وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح. لا يجوز عند أبي يوسف خلافهما. ولا خير في استقراضه عدداً ووزناً عند أبي حنيفة. لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر. وعند محمد يجوز عدداً وزناً للتعامل. وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في آحاده. خك[3] باع رغيفاً[4] نقداً برغيفين نسيئة يجوز. ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة لا يجوز. ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقداً ونسيئة كيف ما كان عند صاحبيه.

قال: **ولا ربا بين المولى وعبده.**[5]

---

[1] جع : جمع العلوم للبقالي

يكال. فتح القدير ٣٤/٧.

[3] خك : خلاصة الأكمل

[4] الرغيف قطعة من العجين تهيأ وتخبز. المعجم الوسيط ٣٥٧/١.

[5] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٧٣/٤؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٧٦/٨ بلفظ " لا ربا بين العبد وسيده"

لأن العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا. وهذا إذا كان مأذوناً له. و لم يكن عليه دين. وإن كان عليه دين لا يجوز. لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة. وعندهما تعلق به حقّ الغرماء فصار كالأجنبي. فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه.

قال: **ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب.**[1]

خلافاً لأبي يوسف[2] والشافعي اعتباراً بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله ﷺ « **لا ربا بين المسلم** [١٧٨/ب] **والحربي في دار الحرب** »[3] ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً[4] إذا لم يكن فيه عذر بخلاف المستأمن منهم. لأن ماله صار محظور العقد الأمان. وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب و لم يهاجر إلينا. **ك**[5] مستأمن من أهل دارنا مسلماً كان أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا يجوز فيما بيننا كالربويات. وبيع الميتة جاز عندهما. وعند أبي يوسف لا يجوز إلا ما يجوز في دار الإسلام.[6]

---

[1] ... فتح القدير

[2] ... حنيفة. الجوهرة النيرة ٣١٦/٢.

[3] الزيلعي "**نصب الراية**" ...

[4] ... البحر الرائق ١٤٧/٦.

[5] ك : الكفاية للبيهقي

[6] أ : + والله أعلم



٦. ٩ باب السلم

قال:[1] **السلم[2] جائز في الميكلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض وفي المذروعات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض.**[3]

الأصل في جواز السلم قوله ﷺ برواية ابن عباس[4] رضي الله عنهما « **من أسلم فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ[5] معلوم إلى أجلٍ معلومٍ** »[6] الحديث دل على جواز السلم في المكيل والموزون والمذروع والمعدود الذي لا يتفاوت ملحق به. وقال زفر لا يجوز في المعدود لتفاوت أحاده. ولهذا لا يشتري صغاره بما يشتري كباره كالزمان. وقال الشافعي إنما يجوز في الجوز كيلاً وفي البيض وزناً للتفاوت في العدد. ولنا أن التفاوت بين آحاده يسير لا يعبأ به التجار في أعم بياعاتهم. وإنه غير مانع لتفاوت أحاد الجياد في المكيل والموزون. واعلم أن هذا العقد يسمّى سلماً وسلفاً وإسلاماً وإسلافاً لما فيه من تسليم رأس المال في الحال بمقابلة ثبوت الملك في ثاني الحال. وكان القياس في المذروعات كالثياب والبسط والحصير والبواري أن لا يجوز السلم فيها لتعذر ثبوتها في الذمة. ولهذا لا[7] يضمن بأمثالها عند الاستهلاك كالجواهر. لكن ترك الإجماع الفقهاء

السلملتحقق

آخره. فتح القدير

مالك الموطا "بيوع" ٧٧٢.

٧ ف : - لا

فيه. **شص**[1] إنما يجوز السلم في الثياب إذا أمكن إعلامها بالوصف حتى إذا أسلم في المعافير والدبابيج بنسفي أن لا يصحّ.

قال: **ولا يجوز السلم في الحيوان**.[2]

وقال الشافعي كل حيوان جاز بيعه جاز السلم فيه لما روي عن النبي ﷺ « **أنه استسلف من رجل بكراً فجائته إبل الصدقة فأمر أن يقضي إياه** »[3] فاستقراضه دليل على ثبوته في الذمة. قلنا هذا القرض لم يكن ديناً في ذمته. إذ لو كان كذلك لما قضاه من الصدقة. وهي محرمة عليه. ويحتمل أنه استسلف زكاة فحال الحول ولا زكاة على المستسلف منه فقضاه من حقّ الفقراء. ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما « **أن النبي ﷺ نهى عن بيع السلف في الحيوان** »[4] ولأنه لا يجوز السلم في أطرافه. فلا يجوز في جملته كالسباع.

قال: **ولا في أطرافه.**

لأنها يختلف بالصغر والكبر والسمين [١٧٩/أ] والهُزال.[5] وكذا في اللحم عند أبي حنيفة خلافهما. لأنه موزون معلوم حتى يضمن بالثمن. ويجري فيه الربا. ويجوز إقراضه. وله أنه مجهول بتفاوت العظم حتى جاز في متروع العظم في إحدى الروايتين عنه. وأما الإقراض والتضمين بالقيمة على الخلاف. والأصح أنه يجوز قرضه[6] عندهم. لأن القرض حال ووصفه معلوم يجوز عندهم. **شح**[7] لا يجوز عندهم. وفي لحوم الطيور عدداً لا يجوز. وكذا وزناً إن كان لا يعتني. وقيل على الخلاف. وإن كان يعتني يجوز بالاتفاق. وقيل على الخلاف. ويجوز في الشحم والإلية دون الرؤوس والأكارع. ويجوز في السمك المالح وزناً وفي الطرى في حينه.[8] **ك**[9] اضطربت عبارات الأصول فيه. والصحيح أنه يجوز في الصغار كيلاً ووزناً

---

[1] شص : شرح الصباغي

[2] الدارقطني السنن ٧١/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٦١/٤ بلفظ "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان"

[3] مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١١٨؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٦٢؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٦٤.

[4] الزيلعي "**نصب الراية**" ٥٠/٤.

[5] الهُزال ضد السمن يقال هُزلت الدابة على ما لم يسم. الجوهري الصحاح ٧٠٥/١.

[6] ف : - قرضه

[7] شح : شمس الأئمة الحلواني

[8] [illegible] خلافاً. المحيط البرهاني ١٧٩/٧.

[9] ك : الكفاية للبيهقي

وفي الكبار روايتان. ولا فرق بين المالح والطرى. وقالا لا يجوز بخلاف اللحم. لأنه يمكن بيان المكان فيه فيقال الجهالة.

قال: **ولا في الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً.**

لتفاوتها وتعذر ضبط مقدارها. وإنه يمنع الجواز. قال[1] ولا في الحطب حزماً. **ط**[2] وقيل لو بين الطول والعرض والغلظة في المسألتين أو كان عرف ذلك جاز. **شت**[3] ويجوز السلم في الباذنجان عدداً. **ط**[4] **جش**[5] والسلم في الكاغد يجوز عدداً.

قال: **ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل.**

وقال الشافعي[6] يجوز[7] في المنقطع إذا كان[8] موجوداً في المحل لإطلاق حديث ابن عباس رضي الله عنهما. ولنا ما روي ابن عمر رضي الله عنهما « **أن النبي عليه السلام قال لا تُسلِّفوا في النخلِ حتى يَبدوَ صلاحُها** »[9] ونهى عن بيع الثمار حتى يحمر ويصفر. ولأن العدم يؤثر في العقود ما لا يؤثر فيه الجهالة. فإذا أثرت الجهالة في السلم فالعدم الكلي أولى. **شط**[10] والانقطاع أن لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. ولو انقطع بعد محل الأجل فله أن يفسخ أو يتربص حتى يعود. وعن الكرخي يبطل السلم.

قال: **ولا يصحّ السلم إلا مؤجلاً.**

وقال الشافعي يجوز حالاً ومؤجلاً كبيع الأعيان بالأثمان. ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما « **أن النبي عليه السلام قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال عليه السلام اسلفوا في كيل معلوم إلى أجل معلوم** »[11] وعن ابن عباس وابن عمر وأبي سعيد رضي الله عنهم مثل مذهبنا. ولا مخالف لهم. ولأن السلم الحال سلم

---

[1] أ : + وأوقاراً
[2] ط : المحيط
[3] شت : شرح الزيادات
[4] ط : المحيط
[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[6] ف : + له
[7] ق : - يجوز
[8] ق : - كان
[9] البخاري الصحيح "**زكاة**" ٥٧؛ المسلم الصحيح "**بيوع**" ٤٩؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٢٢؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ١٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠٥/٦.
[10] شط : شرح الطحاوي
[11] مالك الموطا "**بيوع**" ٧٧٢.

فيما لا يقدر المسلم إليه على تسليمه. لأنه إنما[1] تقبل السلم فيما لا يملكه للحال. إذ لو ملكه لباعه بأوفر الثمنين والعجز عن التسليم يمنع الجواز. ولا رواية في أدنى الآجال عن أصحابنا. ك[2] أدنى الآجال ثلاثة أيام كخيار الشرط. وقيل لا تقدير فيه. ولو شرط نصف يوم جاز. شس[3] عن أبي بكر الرازي أدنى الآجال أكثر من نصف يوم. [١٧٩/ب] شط[4] وقيل بالزيادة على مجلس العقد ولو بساعة. وعن محمد شهر.

قال: **ولا يصحّ[5] إلا بأجل معلوم.**

حتى لا يؤدي إلى المنازعة بسبب الجهالة.

قال: **ولا يصحّ[6] السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه ولا في طعام قرية بعينها ولا ثمرة نخلة بعينها.**

لأن زيد بن شعبة رضي الله عنه « **لما قال أسلم إليّ في ثمرة نخلة بعينها فقال عليه السلام أما في ثمرة نخلة بعينها فلا** »[7] ولأن احتمال المسلم فيه بفوات هذه الأشياء في هذه المواضع. ط[8] إن شرط موضعاً يتوهم انقطاع طعامه عن أيدي الناس فسد. وإن لم يتوهم جاز كطعام خراسان. ص[9] إذا أسلم في حنطة هراة وهي ينقطع من أيدي الناس[10] فسد بخلاف ما لو أسلم في ثوب هروي. قال عامة المشايخ لم يرد به هراة خراسان. لأنها بلدة عظيمة لا يتوهم انقطاع حنطتها. وإن أراد بها قرية مسماة بهراة. وقيل لا فرق بين الثوب والحنطة. وقيل بينهما فرق. والصحيح أنه أراد به بيان المكان فسد فيهما. وإن أراد به بيان الجنس صحّ فيهما.

قال: **ولا يصحّ السلم عند أبي حنيفة[11] إلا بسبع شرائط تذكر في العقد. جنس معلوم ونوع معلوم وصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلّق العقد على مقداره[12] كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة. وقال أبو**

---

[1] أ : أما
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] شس : شرح السرخسي
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] ف، ق : ولا يجوز
[6] ف، ق : ولا يجوز
[7] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٥٠.
[8] ط : المحيط
[9] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[10] أ : – الناس
[11] أ، ف، ق : – عند أبي حنيفة
[12] أ : قدره

يوسف ومحمد لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا[1] ولا إلى مكان التسليم. ويسلم في موضع العقد.

أما الخمس الأول وهو الجنس كحنطة أو شعير والنوع كربيعية أو خريفية والصفة كجيدة نقية بيضاء أو حمراء أو كهرباء[2] والمقدار كعشرين قفيزاً أو ألف مَنّ والأجل كستة أشهر أو سنة فلأن ترك بيان هذه الخمس تفضي إلى المنازعة. وهي مفسدة بالإجماع وإيماء النص المعروف. وأما الشرطان الآخران فهما يقولان إذا كان رأس المال عيناً مشاراً إليه. فالتعيين بالإشارة يعني عن معرفة المقدار كالثوب لا يحتاج فيه إلى معرفة قدره بالذرعان. وأما بيان[3] مكان الإيفاء فلأن مكان العقد يتعين للتسليم كما في بيع الأعيان. ولأبي حنيفة أن التعين بالإشارة لا ترفع الجهالة في الآخرة. لأن من الجائز أن يجد بعضه زيفاً أو مستحقاً فيرد. ولا يتفق الاستبدال في المجلس أن يضيع بعضه أو يستحق بعضه[4] فينفسخ بقدره. ويختلفان في قدر المفسوخ فيه فيؤدي إلى منازعة مانعة عن التسليم بخلاف الثياب. لأنه أقل ما يتفق فيه. ولو استحقّ لا يستحق ربعه [١٨٠/أ] أو ثلثه. وإنه معلوم. ولأن العقد لا يتعلّق في المذروع بالذرعان. ولأنه[5] لو وجده زائداً يسلم له من غير شيء. ك[6] حتى قال أبو حنيفة إذا كان المسلم فيه شيئين مختلفي الجنس أو الصفة ورأس المال مكيل أو موزون لا بد من بيان قدر رأس مال كل واحد منهما. وعندهما ينقسم على قيمتهما كغير المكيل والموزون. ك[7] ولو وجد المسلم إليه رأس المال زيفاً أن يجوز به جاز في المجلس وبعده. لأنه جنس حقه. وإن لم يتجوز به واستبدل في المجلس جاز. وكذا لو كان مستحقاً أو ستوقاً واستبدل في المجلس جاز بخلاف ما لو يجوز به. وإن استبدل الزيف بعد الافتراق بطل فيه. وإن كان في مجلس الرد إلا إذا كان قليلاً عند أبي حنيفة. وعندهما لا يبطل إذا استبدل في المجلس الرد. لأن الدراهم لا تخلوا عن زيف فجعل عفواً. ولأبي حنيفة أنها لا تخلو عن القليل فعفى. وذلك أقل من النصف. وروى النصف قليل. وفوقه كثير. وروي الثلث. وإن وجده ستوقاً أو مستحقاً بعد الافتراق ولم يجز المستحق بطل بقدره اتفاقاً. لأنه خلاف جنسه. ولو قال أحدهما الزيف والمستحق ثلث رأس المال وقال الأخر بل أكثر القول لرب السلم مع يمينه لصحة القبض. والخلاف في قدر ما انفسخ بالرد حتى لو كان ستوقاً أو رصاصاً فالقول للمسلم إليه. لأن الخلاف في قدر ما دخل في ضمانه وهو ينكر الزيادة. وأما تعيين مكان التسليم لأنه لا اختصاص للسلم

---

[1] أ، ف : – إذا كان معينا

[6] : الكفاية للبيهقي

[7] ك : الكفاية للبيهقي

بمكان بعينه فالطالب يطلب التسليم في مكان والآخر يأبى إلا في مكان آخر. فيؤدي إلى المنازعة المفسدة. وأما بيع العين فيتعين مكان المقبوض المملوك لا مكان العقد. ولهذا لو اشترى في البلد حنطة بالسواد يسلم حيث الحنطة اعتباراً لمكان الملك. وفي السلم المقبوض غير مملوك للحال. وإنما يصير مملوكاً بالتسليم. وفي جهالة المكان منازعة مانعة من التسليم حتى أنه لو تعين مكان العقد فلو أسلم في وسط بحر أو مفازة لوجب تسليمه ثمة. فإنه شنيع. وإن لم يكن له حمل ومؤنة في رواية يسلمه حيث لقيه. وفي رواية في مكان العقد وهو قولهما.[1] ولو بينا فيه مكاناً آخر للإيفاء هل يتعين؟ فيه روايتان. وأجمعوا أن مكان العقد يتعين لإيفاء رأس المال. وأجمعوا أن مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للإيفاء. وعلى هذا الخلاف إذا باع عبده بكر حنطة في الذمة أو قسم الشريكان على أن يرد أحدهما [١٨٠/ب] على صاحبه كرّ حنطة في الذمة أو آجر داره بكر حنطة في الذمة.

قلت[2] وأما شرائط صحة السلم فذكرها المصنف سبعة. وفي المحيط أربعة عشر. هذه السبعة المذكورة وسبعة غيرها لم يذكرها المصنف في عقد الشرط وإن ذكرها قبله. أحدها دوام وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى المحل. وقد مر. وثانيها أن يكون المسلم فيه مما يتغير بالتغيير حتى لا يجوز السلم في الأثمان. وفي التبر روايتان. وفي الفلوس يجوز عندهما خلاف محمد. وثالثها أن يكون المسلم فيه من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو المعدودات المتقاربة حتى لا يجوز السلم في الحيوان.[3] ورابعها قبض رأس المال في المجلس سواء تعين بالتعيين أو لا. قال والقبض في المجلس ليس بشرط. إنما الشرط القبض قبل الافتراق بالأبدان حتى لو مشيا ميلاً أو أكثر بعد العقد ثم قبض رأس المال وافترقا جاز. ولو ناما أو نام أحدهما لم يكن[4] فرقة. وخامسها أن يكون رأس المال منتقدة عند أبي حنيفة خلافهما. وسادسها أن يكون عقد السلم باتاً لا خيار فيه حتى لو أسلم بشرط الخيار لهما أو لأحدهما فسد إلا إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق بالأبدان. ورأس المال قائم في يد المسلم إليه. فحينئذ ينقلب جائزاً. وسابعها أن يكون المسلم فيه مضبوطاً بوصف يلتحق به بذوات الأمثال. وذكر الشروط في **تح**[5] سبعة عشر.[6] هذه الأربعة

---

[1] أ : + قال مولانا سلمه الله

[2] أ : - قلت

[3] مالك الموطا "بيوع" ٧٧٢.

[4] أ، ف : + فيه

[5] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[6] ... بأنفسهما. وأما ... جبلية والثالث ... يجوز

عشر وشرطان آخران في رأس المال. وهو بيان نوعه أنه محمودية أو مصرية ودراهم غطريفية أو عدلية وبيان صفته أنه جيد أو رديئ أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة. وشرط في المسلم فيه وهو أن لا يشمل البدلين أحد[1] وصفي علة الربا كإسلام الحنطة في الشعير أو الثوب الهروي في الهرويي. بين فإنه يحرم النسا.

قال: **ولا يصحّ السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه.**

ل« **أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم** »[2] والسلم والسلف واحد. وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر. ولأن في الأثمان يؤدي إلى بيع الدين بالدين. وقد ورد النهي به. والقياس في الأعيان أن لا يبطل بالافتراق قبل القبض. وإنما استحسنوا إبطاله للخبر.

قال: **ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا في المسلم فيه قبل القبض.**[3]

أما رأس المال فلأن قبضه في المجلس حقّ الله تعالى. والتصرف يبطله فلا يصحّ. ولو دفع إليه أجود أو أردى برضاء المسلم إليه جاز. لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً. ولو أبرأه عنه[4] فقبل رب السلم بطل العقد. ولو رد البراءة لم يبطل. وأما [١٨١/أ] المسلم فيه فلقوله ﷺ « **من أسلم في شيء فلا يصرفْه إلى غيره** »[5] ولأن المسلم فيه في حكم الأعيان المنقولة فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض. فإن أعطاه أجود أو أردى برضا رب السلم من جنسه جاز لما بينا.

قال: **ولا يصحّ الشركة ولا التولية في المسلم فيه قبل قبضه.**

لما بينا. ط[6] ولو أتى المسلم إليه بأزيد من حيث القدر أو الصفة بأن كان المسلم فيه عشرة أقفزة حنطة وسط فأتى بأحد عشر أو بعشرة جيدة وقال "خذه هذا" أو "زدني درهماً" ففي زيادة القدر يجوز. وفي زيادة الوصف لا يجوز عندهما خلاف أبي يوسف. وإن أتى بأنقص من حيث القدر وقال "خذ هذا" أو "أرد عليك درهماً" يجوز إجماعاً. وإن أتى بأنقص من حيث الوصف لم يجز عندهما خلاف أبي يوسف. وفي

ومؤونة والحادي عشر أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف وهو أن يكون من الأجناس الأربعة المكيل والموزون والذرعي والعددي المتقارب. تحفة الفقهاء. ٨/٢.

[1] ف : أحد البدلين

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٥٩/٤.

[3] أ، ق : قبضه

[4] أ : - عنه

[5] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٤٢/٤.

[6] ط : المحيط

المذروعات يجوز في الزيادة من حيث القدر والوصف عندهم جميعاً. و لم يجز في النقصان من حيث القدر أو الوصف عندهما خلاف أبي يوسف. ولو بين لكل ذراع حصة جاز إجماعاً. وتصح الحوالة والكفالة والارتمان برأس المال خلاف زفر. ط[1] والتخلية في المسلم فيه قبض عند محمد خلاف أبي يوسف. ولو قال رب السلم للمسلم إليه كلها في غرائره ففعل لا يصير قابضاً إلا إذا كان في غزائره حنطته في أصح الروايتين وفي بيع العين يصير قابضاً.[2]

قال: **ويصح السلم في الثياب إذا سمى طولاً وعرضاً ورقعة.**[3]

لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم. شق[4] وإن كانت الثياب مما يقصد وزنها كالحرير فلا بد من ذكر وزنه. ط[5] وفي اشتراط ذكر الوزن في الحرير اختلاف المشايخ. والصحيح أنه يشترط. وإذا شرط كذا كذا ذراعاً مطلقاً فله ذراع وسط. واختلف في تفسيره قبل إرادته الفعل أنه لا يمد كل المد. ولا يرخي كل الإرخاء. وقيل أراد به الخشب. لأنه يتفاوت في الأسواق. شب[6] والصحيح أنه يحمل عليهما نظراً للجانبين. فلا بأس بالسلم في البوادي إذا شرط ذرعاً وصفة معلومة[7] وصنعة معلومة.

قال: **ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز.**

لأن آحادها يتفاوت فاحشاً. هـ[8] وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيه. لأنه معلوم.

قال: **ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبناً معلوماً.**

لأنه عددي متقارب. قلت[9] وقوله ملبناً يحتمل ما يضرب منه اللبن. وهو المكان وما يضرب به وهو الآلة. وذكر في ط[1] أنه يشترط المكان والآلة. وقيل لا يشترط مكانه.

بنفسه. المبسوط

فيه. الجوهرة النيرة ٢/٣٣٣.

٤ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٥ ط : المحيط

٦ شب : شرح بكر خواهر زاده

٧ ق : وصفا معلوما

٨ ه : هداية

٩ أ : قال سلمه الله

قال: **وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه.**

لأنه لا يقضى إلى المنازعة.

قال: **وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه.**

لأنه دين فيبقى مجهولاً بدون الوصف [١٨١/ب] جهالة تفضي إلى المنازعة حتى جاز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال. **ط**[٢] كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والشبه والحناء والوسمة والرياحين اليابسة. **ص**[٣] ولا بأس بالسلم في الجذوع إذا بين الضرب والطول والعرض والغلظ. وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقص. **شس**[٤] والغزل من ذوات الأمثال. **شط**[٥] كل ما كان موزوناً فمثلي. ولا بأس بالسلم في التبن كيلاً أو كيماناً معلوماً وكيله الغرارة. وقيل إنه مكيل. وقيل موزون. قلت[٦] والمعتبر هو التعارف فيه. ولا يجوز في ذوات القيم.

قال: **ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع.**

لما روي أنه ﷺ « **نهى عن بيع الكلب إلا كلبَ صيدٍ أو ماشية** »[٧] وحرم الشافعي بيع الكلب لقوله ﷺ « **الكلب خبث وخبث ثمنه** »[٨] وهو محمول عندنا على الكلب العقور. قد بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور جاز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل. **ط**[٩] **شس**[١٠] بيع الكلب غير المعلم إن كان بحال يقبل التعليم يجوز. وهو الصحيح. لأنه منتفع به فكان مالاً. وفي النوادر يجوز بيع الجرو. وبهذا تبين أن ما يقبل التعليم. والمعلم سواء في محلية البيع. وإنما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم. والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال فجاز بيعهما على كل حال. وفي القرد روايتان. وبيع الفيل جائز. وذكر شيخ الإسلام في شرح السير أنه يجوز بيع الهرة. وعن عطاء لا بأس بثمن الهرة. ولا يجوز

---

[١] ط : المحيط

[٢] ط : المحيط

[٣] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[٤] شس : شرح السرخسي

[٥] شط : شرح الطحاوي

[٦] أ : قال سلمه الله

[٧] الزيلعي "**نصب الراية**" ٧١/٤ ينظر البخاري الصحيح "**بيوع**" ١١٣؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٩؛ أبو داود السنن "**إجارة**" ٤١؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٣٦؛ النسائي السنن الكبرى "**صيد و ذبائح**" ١٥؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٩.

[٨] مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٩؛ أبو داود السنن "**إجارة**" ٣.

[٩] ط : المحيط

[١٠] شس : شرح السرخسي

بيع هوام الأرض. وما في البحر كالأسودين والضفدع إلا السمك. وما يجوز الانتفاع بجلده أوعظمه. فالحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع.

قال: **ولا يجوز بيع الخمر والخنزير.**

لقوله تعالى في الخمر ﴿ **رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه** ﴾[1] وفي الخنزير ﴿ **أو لحم خنزير فإنه رجس** ﴾[2] وتحريمهما يقتضي حرمة التصرف بهما. وقال ﷺ في الخمر « **إن الذي حرَّم شُربَها حرَّم بيعَها وأكْلَ ثمنِها** »[3]

قال: **ولا يجوز بيع دود القز إلا أن يكون مع القز ولا النحل إلا مع الكورات.**[4]

وقال محمد والشافعي يجوز للانتفاع كالحيوان المنتفعة. ولنا أنها هوام لا ينتفع بها للحال. فأشبه الزنبور وغير المعلم من الكلاب إلا[5] إذا كان مع القز والكوارات فيدخل غير المتقوم في البيع تبعاً للمتقوم كالشرب والطريق يدخل في بيع الأرض تبعاً. قلت[6] وإطلاق قوله يدل على جواز بيع دود القز مع القز والنحل مع الكوارات سواء ظهر فيه القز أو لا وسواء كان في الكوارات عسل أو لا وفي **قد**[7] خلافه. فقال يجوز بيع دود القز إن ظهر القز فيه. وإلا فلا. وفي النحل إذا كان [١٨٢/أ] في كواراتها عسل فاشترى الكوارة بما فيها من النحل جاز. وأنكر الكرخي ذلك. وقال إنما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوقه. وما لا فلا. **ضح**[8] والفتوى على قول محمد لحاجة الناس. وأما بيع بذر دود القز فلا يجوز عند أبي حنيفة. وعندهما يجوز كالبذور. وعليه الفتوى. **ط**[9] وجوز أبو الليث بيع العلق صح. وبه يفتى للحاجة.

قال: **وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين إلا في الخمر والخنزير خاصة. فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة.**

---

[1] المائدة ٩٠/٥

[2] الأنعام ١٤٥/٦

[3] مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٦٨؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٩٠؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٧٢/٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٤٤/١.

[4] الكوارة بضم الكاف وفتح ما بعدها جمع كوارات، الموضع الذي يضع فيه النحل العسل وهو مصنوع من الطين أما الخلية لذلك فهي مصنوعة من الخشب. معجم لغة الفقهاء ٣٨٦/١.

[5] ف : إلا

[6] أ : قال سلمه الله

[7] قد : القدوري

[8] ضح : إيضاح

[9] ط : المحيط

لأنهم أسوة المسلمين في الأحكام الدنياوية إلا الخمر والختزير. لأنهما متقومان في حقهم لدخول ذلك في عقد الأمان. ويتصل بهذا الباب فصلان. فصل اختلافهما في السلم. وفصل الاستصناع.

أما الأول اختلفا في جنس أحد بدلي السلم أو قدره أو صفته يتخالفان ويتنازعان. أما الجنس والقدر لأن كل واحد منكر ومدع أمراً يختلف العقد باعتباره فدخل تحت قوله. واليمين على من أنكر. وأما الصفة فلأن المسلم فيه غائب فيختلف أصله باختلاف وصفه. والتحالف استحسان لا قياس. ذكره محمد في الأصل وأبو يوسف عن أبي حنيفة. وذكره محمد في موضع آخر بخلافه. اختلفا في مكان الإيفاء لا يتخالفان عند أبي حنيفة. والقول للمطلوب. لأنه شرط زائد بوضعه كالاختلاف في البراءة عن العيوب. وعندهما يتحالفان اختلفا في شرط الأجل. فالقول لمن يدعيه عند أبي حنيفة. وعندهما لرب السلم. ولو اختلفا في قدر الأجل والمطلوب يدعي أكثر فالقول لرب السلم لإنكاره الزيادة. وإن أقاما البينة فلمن ثبت الزيادة. لأنها شرعت للإثبات. ولو اختلفا في مضي الأجل بعد ما اتفقا أنه شهر فالقول للمطلوب. لأنه ينكر استيفاء حقه. والبينة بينته. لأنه يثبت الأجل في وقت ينكره خصمه. ولو اختلفا في رأس المال وأقاما البينة عند أبي حنيفة وأبي يوسف يقضي بسلم واحد لاتفاقهما عليه إلا إذا تعذر فيقضي بسلمين. وعند محمد يقضي بسلمين إلا إذا لم يمكن عملاً بالشهادتين. هذا الأصل. قال أحدهما "رأس المال دينار" وقال الآخر "عشرة دراهم" أو قال أحدهما "كر حنطة في مائة من[1] زيت" وقال الآخر "كر شعير في مائة مِن منّ[2] زيت" وأقاما البينة عندهما تقضي ببينة المسلم إليه. لأن رأس المال حقه فيقضي ببينته. وعند محمد يقضي بهما. قال رب السلم "أسلمت هذا العبد في كر حنطة" وقال المطلوب "هذه الجارية في كر شعير" فهما سلمان بالاتفاق. لأنما اختلفا [١٨٢/ب] في جنس البدلين فلا بد من اعتبار جانب كل واحد.[3] ولو قال "أسلمت إلى هذا العبد والأمة في كر شعير" يقضى بيمينه المسلم إليه بسلم واحد اتفاقاً محمد يقول رأس المال عين واحد فتعذر أن يكون بدلاً في العقدين بخلاف الدين. قال "أسلمت مائة في كرى حنطة" وقال الآخر "بل مائتين في كر حنطة" عندهما يقضي بمائتين في كرين. لأن أقل[4] الجنس يدخل في أكثره كمن أقر له بخمسة دراهم ثم بعشرة يقضي بعشرة. ويقضي بزيادة توجب كل بينة. وعند محمد يقضي بسلمين مائة في كرين ومائتين في كذا.

---

١ أ : + منّ
٢ أ : + منّ
٣ ف : + منهما
٤ ف : - أقل

٦. ٩. ١ الفصل الثاني في الاستصناع ط[1]

الاستصناع[2] جائز في كل ما جرى التعامل فيه كالقلنسوة والخف والأواني من الصفر والنحاس وما أشبهه استحساناً.[3] ولا يجوز فيما لا يعامل فيه كالثياب ونحوها. والقياس أن لا يجوز. وبه أخذ زفر والشافعي. **شط**[4] جوازه موعده عند بعضهم. ويصير بيعاً بالتعاطي عند القبض. والصحيح أنه معاقدة. لأن محمداً أثبت فيه خيار الرؤية. وذكر فيه القياس والاستحسان. وخصه بما فيه تعامل. ويملك الصانع الثمن قبل العمل. وهذه إثبات العقد. قال ثم للصانع أن لا يصنع لما فيه من إتلاف ماله حالاً. وعن أبي يوسف لا يخير. لأن له أن يشتري المشروط أو يسلم. وكذا المستصنع لا يجبر على إعطاء الثمن وإن شرط التعجيل. لأن العقد غير لازم في حقه. ثم للصانع أن يبيعه قبل أن يراه المستصنع. لأنه ملكه ولم يتناوله العقد بعينه. فإن رآه ورضي به لم يكن له بيعه لتعينه. وعن أبي يوسف لا خيار للمستصنع إذا جاء به الصانع دفعاً للضرر عنه. لأنه ربما لا يشتريه غيره كما إذا قال القصاب "أقطع لي منوين من هذا اللحم بدرهم" فقطعه لزمه. ولهما أنه اشترى ما لم يره فله الخيار بخلاف اللحم. لأنه يراه ويبطل الاستصناع بموت أحدهما. فإن ضرب فيما لا تعامل فيه أجلاً صار سلماً إذا وجد سائر شرائطه. **ط**[5] حتى يجب قبض رأس المال في المجلس. ولا خيار له إذا أتى به الصانع على الوصف المشروط. وكذا فيما فيه تعامل عند أبي حنيفة خلافهما. **ط**[6] وإذا انعقد الاستصناع معاقدة ينعقد إجارة ابتداءً وبيعاً انتهاءً قبل التسليم بساعة. ولهذا يبطل بموت أحدهما قبل التسليم كالإجارة. فإذا أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار كمن اشترى ما لم يره.[7] والله أعلم.

بالاستصناع. أما لو كان القماش من المستصنع وقاوله على صنعها فقط فيكون قد استأجره والعقد حينئذ عقد إجارة لا عقد استصناع. شرح المجلة ٢١٧/١.

٤ شط : شرح الطحاوي

٥ ط : المحيط

٦ ط : المحيط

٧ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٦٨/٤؛ الدارقطني السنن ٤/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٦٨/٥؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٢/٤.



٧ كتاب الصرف

قال:[١] **الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان.**

في المغرب صرف الدراهم باعها بدراهم أو دنانير [١٨٣/أ] واصطرفها اشتراها والدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل. وقيل لمن يعرف هذا الفضل صراف وصيرفي.[٢] وأصله من الصرف النقل. وإنما سمي بيع الأثمان صرفاً. إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة أو لاختصاص هذا العقد بنقل البدلين من يد إلى يد في مجلس العقد.

قال: **فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لم يجز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة. ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق.**

لقوله ﷺ « **الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد هاء وهاء والفضل ربوا والفضّة بالفضّة مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد هاءً وهاء والفضل ربا** »[٣]

وقال: « **جَيِّدُها ورَدِيئُها سواءٌ** »[٤]

النبي ﷺ شرط المماثلة في الوزن والقبض. وأبطل الفضل في الجودة.

قال: **وإن باع الذهب بالفضّة جاز التفاضل ووجب التقابض.**

---

١ أ : + قال الخليل الصرف هو الزيادة. ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً.

٢ ق : + قال الخليل الصرف هو الزيادة. ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً.

٣ البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

٤ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٧/٤.

لقوله ﷺ برواية عمر رضي الله عنه « **الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء** »[1] ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما « **كنا نبيعُ الإبلَ بالبقيع فنأخذُ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال ﷺ لا بأس إذا افترقْتُما وليس بينكما لبس** »[2] ورويَ دين.

قال: **فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد.**

لفقد الشرط. ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالئ بالكالئ.[3] ولا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة. فلا يتحقق الربا سواء كانا يتعينان كالمصنوع والتبر والحلي أو لا يتعينان كالمضروب والقراضات أو بتعين أحدهما. ولا يتعين الآخر لما مر من الحديث. قلت[4] ولا بد من معرفة الافتراق. فإن الافتراق في الصرف والسلم يفارق الافتراق في الإيجاب والقبول والسجدات وخيار المخيرة. فإن الإعراض عما هو مقصود بالقيام أو بالاشتغال بعمل آخر ثم بعد مفارقة ولا كذلك هنا. فإن المراد هنا الافتراق بالأبدان دون المكان. **ك**[5] **هـ**[6] **ط**[7] حتى لو قاما فذهبا معاً أو ناما في المجلس أو أغمى عليهما أو طال قعودهما لا يبطل. ولا فرق بين أن يتصارفا بهما. وليسا في المجلس ثم قبضا أو كانا فيه فقبضا. **ط**[8] وعن محمد إذا ناما أو أحدهما فهو فرقة. وإن ناما جالسين فلا. وعنه الطويل فرقه دون اليسير. ولو كان لرجل عليه[9] ألف درهم ولآخر عليه مائة دينار فأرسل إليه رسولاً وقال "بعتك الدنانير التي عليك على الدراهم التي لك عليّ" فقال "قبلت" كان باطلاً. وكذلك نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار ومن بعيد. لأنهما متفرقان. وعن محمد قال الأب "اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة" ثم قام قبل نقد العشرة بطل. **ك**[10] ولو باع المكيل ديناً بدين فهو فاسد قبضاً أو لا للحديث [١٨٣/ب] المعروف الحنطة بالحنطة كيلاً بكيل يداً بيد. وكذا إذا كان ما وقع عليه لفظ البيع ديناً ولأخر عين لنهي النبي ﷺ عن بيع

---

[1] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٥٤؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨١؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

[2] أبو داود السنن "**بيوع**" ١٤؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٥٠؛ الدارقطني السنن ٣/٢٣.

[3] ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ وهي النسيئة بالنسيئة والمكلأ من المال الذي أنسيء وكليء. الدارقطني السنن ٣/ ٧١- ٧٢ في البيوع حديث "٢٦٩"- ٢٧٠" والحاكم ٢/ ٥٧ وقال صحيح على شرط مسلم والبيهقي ٥/ ٢٩٠.

[4] أ : قال سلمه الله

[5] ك : الكفاية للبيهقي

[6] ه : هداية

[7] ط : المحيط

[8] ط : المحيط

[9] ف : - عليه

[10] ك : الكفاية للبيهقي

ما ليس عندك.[1] ثم إذا وجب القبض في الصرف ينتفي الخيار. والأجل لانتفاء القبض مستحقاً إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز. ك[2] ولو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صحّ في المشهور. ولو تفرقا ولأحدهما خيار عيب أو رؤية أو شرطا نصاً لا يضر. لأنه ثبت حكماً. فلا يمنع الملك والرهن ببدل الصرف والحوالة والكفالة والأمر لآخر بنقده يجوز كما في رأس مال السلم. وتعتبر القبض في مجلس العاقدين دون غيرهما. وليس في الدراهم والدنانير وسائر الديون التي تقع عليها العقد خيار رؤية. لأن العقد لا ينفسخ بردها. وإنما يدفع مثلها. وفي التبر والحلي والأواني منهما خيار رؤية. لأنه ينتقض العقد برده في المجلس أو بعده بخيار عيب أو رؤية كسائر الأعيان. ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفاً أو ستوقاً فحكمه في جميع أبوابه استبدالاً وبطلان عقد كما ذكر في رأس مال السلم في باب السلم.

قال: **ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه.**

لأن القبض حقّ الله. والتصرف فيه يبطل القبض المستحق. هـ[3] حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم و لم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد.

قال: **ويجوز بيع الذهب بالفضّة مجازفة.**

لأن المساواة غير مشروطة فيه. لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لاحتمال الربا.

قال: **ومن باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهماً فدفع من ثمنه خمسين درهماً جاز البيع. وكان المقبوض من حصة الفضّة وإن لم يبين ذلك.**

استحساناً لا قياساً. لأن قبض حصة الفضّة واجب في المجلس. والظاهر منه إتيان الواجب. وكذا لو اشتراه بخمسين نقد وخمسين نسيئة فالنقد حصة الفضّة. لأن الأجل باطل في الصرف.

وكذلك إذا قال "خذ هذه الخمسين من ثمنهما."

إلا أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن وقد أمكن هنا. لأن الاثنين يراد بذكرهما الواحد. قال الله تعالى ﴿ **يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان** ﴾[4] وإنما يخرج من أحدهما. وقال ﷺ لمالك بن الحويرث وابن عمه « **إذا سافرتما فأذنا وأقيما** »[1] إنما[2] المراد أحدهما.

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٥٩.

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[3] ه : هداية

[4] الرحمن ٥٥/٢٢

قال: **وإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية.**

لأنه صرف. وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر. لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر. ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف.

قال: **وإن كان يتخلص من غير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية.** [١٨٤/أ]

لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كبيع جارية في عنقها طوق فضة. وهذا إذا كانت الفضّة المفردة أزيد مما فيه. وإلا فلا للربا أو شبهته.

قال: **ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض. وصح فيما قبض. وكان الإناء مشتركاً بينهما.**

لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه. وبطل فيما لم يوجد والفساد طاري. لأنه يصحّ ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع.

قال: **وإن استحقّ بعض الإناء كان المشتري بالخيار. إن شاء أخذ الباقي لحصته وإن شاء ترك.**[٣]

لأن الشركة عيب في الإناء بدليل أنه لو تزوج امرأة على دار ثم استحقّ بعضها فلها الخيار. والخيار لا يثبت في المهر إلا بعيب.

قال: **فإن باع قطعة نقرة ثم استحقّ بعضها أخذ ما بقى بحصته. ولا خيار له.**

لأنه لا ضرر في كسرها.

قال: **ومن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز وجعل كل واحد من الجنسين بالجنس الآخر.**

وقال زفر والشافعي لا يجوز. وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما أنه قابل الجملة بالجملة فاقتضى انقسام الآحاد على الآحاد على الشيوع فأوجب الفساد. وفي الصرف إلى خلاف جنسه تغيير تصرفه فلم يجز. وإن كان فيه تصحيح التصرف كمن اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز. وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب. وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره. وقال "بعتك أحدهما" لا يجوز. وإن أمكن صرفه إلى عبده. وكذا لو باع درهماً وثوباً

---

١ الترمذي السنن "**صلاة**" **٤٠**؛ النسائي السنن الكبرى "**إمامة**" **٤**.

٢ أ، ف، ق : – إنما

٣ أ : ردها

بدرهم وثوب وافترقا عن قبض فسد العقد في الدرهمين. ولا يصرف إلى الثوب. ولنا قوله ﷺ « **الفضّة بالفضّة مثلا بمثل** »[1] وكانت العشرة بمثلها يبقى درهم في مقابلة الدينار. والأصل في هذه المسائل عندنا أن قسمة أحد البدلين في البيع إنما يكون لفائدة تحصيل أحكام العقد من الرد بالعيب. والرجوع بالثمن عند الاستحقاق. ووجوب الشفعة في العقار ففي غير الربويات يقسم أحد البدلين على الآخر الأجزاء في المماثلة. وفي غيرها على القيمة. وفي الربويات يقسم على الوجه الذي يصحّ فيه العقد. لأن القسمة لتحصيل أحكام العقد. ولا يحصل أحكامه إلا مع الصحة فيحمل على الصحة تحصيلاً للغرض ودفعاً للتناقض. فيقسم إما بطريق الاعتبار كبيع الجنس بجنسه. وخلافه كبيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار. وإما بطريق المخالفة كبيع جنسين ربويين بجنسهما. ويسمّى قسمة المخالفة. هـ[2] وصار هذا كبيع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره. فإنه ينصرف إلى نصفه تصحيحاً. كذا هذا بخلاف مسألة المرابحة. لأنه يصرف الربح إلى الثوب يصير تولية [١٨٤/ب] في القلب وبخلاف الثانية. لأنه أضيف البيع إلى المنكر. وإنه ليس بمحل للبيع والعقد في الثالثة انعقد صحيحاً فلم يتجه. ولو تبايعا فضة بفضة أو[3] ذهباً بذهب ومع أقلهما بشيء آخر يبلغ قيمة الباقي جاز من غير كراهة. فإن لم يبلغ فمع الكراهة. وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع. ولو كان له على آخر عشرة دراهم فباعه المديون ديناراً بهذه العشرة الدين جاز. وبعشرة مطلقة لم يجز. لأنه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض. والدين ليس كذلك إلا إذا تقاصّا[4] فحينئذ يتضمن ذلك فسخ الأول. والإضافة إلى الدين القائم وقت تحويل العقد فكفى للجواز.

قال: **ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهم صحيح ودرهمين غلة.**

خلافاً للشافعي. والغلة ما يرده بيت المال. ويأخذه التجار مغرب الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها[5] قيراط أو طسوج أو حبّة. كذا عن أبي يوسف في رسالته حتى قال في الإيضاح يكره أن يقرضه غلة ليردها عليه صحيحاً.[6] ووجهه أن الجودة ساقطة الاعتبار في الربويات عند مقابلتها بجنسها.

قال: وإذا كان الغالب على الدراهم الفضّة فهي دراهم. وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب. ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد.

---

[1] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٨٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ١٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٤٣.

[2] ه : هداية

[3] أ : - أو

[4] تقاصّ القوم قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره. الجوهري الصحاح ٥٦٠/١.

[5] أ : فيها

[6] أ، ف، ق : صحاحاً

حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها إلا متساوياً في الوزن. وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً. قلت[1] والعدليات[2] الفضّة الرايجة[3] في زماننا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً. والناس عنه غافلون. لأن النقود لا يخلو عن غش عادة. لأنها لا تنطبع إلا مع الغش. وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة. و« **جَيِّدُها ورَديئُها سواءٌ** »[4]

قال: **فإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير. فإذا بيعت بجنسها متفاضلاً جاز.**

صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس. وهي في حكم شيئين فضة. ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضّة من الجانبين. وإذا شرط القبض في الفضّة يشترط في الصفر. لأنه لا يتميز عنده إلا بضرب. هـ[5] ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العَدالى[6] والغَطارِفة.[7] لأنها أعزّ الأموال في ديارنا. فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا. ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن. وإن كانت تروج بالعد فبالعدوان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما. لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن فيها نص. ثم هي [١٨٥/أ] ما دامت تروج يكون أثماناً لا يتعين بالتعيين. وإن كانت تقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلّق العقد بعينها. بل بجنسها زيوفا[8] و إن كان البائع يعلم بحالها بتحقق الرضا منه وبجنسها[9] من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه. شق[10] هذا الذي ذكره المصنف إذا كانت الفضّة لا يتخلص من الغش. لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها. فأما إذا كانت تخلص فليست بمستهلكة. فإذا بيعت بخالص كبيع نحاس وفضة بفضة فيجوز على اعتبار. وأما إذا كان الغش والفضّة سواء[11] يعتبر فيهما الاحتياط.

قال: **وإذا اشترى بها سلعة كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع. وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها.**

---

[1] أ : قال سلمه الله

[2] وهي كاسدة قالوا يجب لها مهر المثل لأنها إذا كانت كاسدة كانت سلعة وزنية. الفتاوى الهندية ٣١٠/١.

[3] أ : الرابحة

[4] الزيلعي **"نصب الراية**

البائع يعلم بحالها بتحقق الرضا منه وبجنسها

[10] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[11] أ، ف، ق : + فيجب أن

لهما العقد قد صح. لكنه تعذر التسليم بالكساد. وإنه لا يوجب الفساد[1] كما إذا اشترى بالرطب أو العنب فانقطع عند أيدي الناس. وإذا بقي العقد يجب القيمة عند أبي يوسف وقت البيع. لأنه مضمون بالبيع. وعند محمد يوم الانقطاع. لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد. لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن. شق[2] بالكساد خرجت عن الثمنية. وعادت مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز إلا في السلم. فإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد.

قال: **ويجوز البيع بالفلوس.**

لأنه مال معلوم.

قال: **فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم يعين. وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها.**[3]

والكاسدة سلع فلا بد من تعينها.

قال: **وإذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة.**

وهو نظير الذي بيناه. ه[4] ك[5] ولو استقرض فلوساً وكسدت عند أبي حنيفة عليه مثلها. لأنه إعادة وموجبه رد العين معنى. والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به. وعندهما يجب قيمتها. لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثلياً فانقطع. لكن عند أبي يوسف يوم القبض. وعند محمد يوم الكساد على ما مرّ. وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع. وقول محمد أنظر وقول أبي يوسف أيسر.

قال: **ومن اشترى بنصف درهم فلوساً جاز البيع. وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس.**

وكذا إذا قال "بدانق فلوس وبقيراط فلوس" خلافاً لزفر. لأنها تقدر بالعدد. لكنا نقول ما يباع بالدانق ونصف [١٨٥/ب] درهم من الفلوس معلوم عند الناس فأغنى عن العدد. ولو قال "بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس." فكذا عند أبي يوسف. وعند محمد أنه إنما يجوز فيما دون الدرهم للتعارف. وقول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا.

---

[1] ق : – الفساد

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] أ، ق : + حتى يعينها

[4] ه : هداية

[5] ك : الكفاية للبيهقي

قال: **ومن أعطى لصيرفي درهما وقال "أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة" جاز البيع.**[١] **وكانت الفلوس والنصف إلا حبة بدرهم.**

قلت[٢] هكذا وقع في كثير من النسخ. وهذا غلط وقع في الكتبة الجهلة. والدليل عليه من حيث النقل والعقل. أما النقل فقد ذكر أبو نصر الأقطع[٣] في شرحه لمختصر القدوري. وكان تلميذه الواقف على تصانيفه المطلع على مباينها المحقق لمعانيها. وهذه عبارته. ومن أعطى لصيرفي درهماً فقال "أعطني بنصف درهم فلوس ونصف درهم إلا حبة" جاز البيع. وكانت الفلوس والنصف إلا حبة بدرهم. لأن نصف درهم فلوس لما كان معلوماً صار كأنه قال "أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلساً ونصفاً إلا حبة." ولو صرح بذلك جاز البيع كذا هنا. ثم قال وهذا هو الصحيح وما في بعض النسخ أنه قال "بنصف درهم فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة" غلط من الناسخ. فإن هذا العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة. وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر بناء على اختلافهم في الصفقة الواحدة. إذا تضمنت الصحيح والفاسد. وفي زاد الفقهاء قال "أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة" فسد البيع. ولو قال "أعطني به درهماً صغيراً ووزنه نصف درهم إلا حبة وبالباقي فلوساً" جاز.[٤] وكذا[٥] في شرح أبي نصر السرخسي لهذا الكتاب ذكر المسألة هكذا ثم قال فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يصحّ البيع في الفلوس. ولفظ صاحب البداية في شرحه "أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة" جاز البيع في الفلوس. وبطل فيما بقى عندهما. وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل. لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع. ولو كرّر لفظ الإعطاء فجوابه كجوابهما. لأنهما بيعان. ولو قال "أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة" جاز. لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بالفلوس. ثم قال وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية. وهكذا في سائر الأصول والشروح نصاً ودلالة. وأما المعقول فلأنه لما قال "وبنصفه نصفاً إلا حبة" فقد صرح [١٨٦/أ] بالمقابلة بالربا فلا يمكن تصحيحه بصرفه إلى غيره. فبهذا ثبت وتقرر أن هذا غلط فاحش وقع من النسخة. والصحيح ما ذكر في النسخ المتيقنة. ومن أعطى الصيرفي درهماً وقال "أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة."

---

١ ف : البيع

٢ أ : قال سلمه الله

القرشي الجواهر المضية ١١٩/١.

٤ ف : + البيع

٥ أ، ف : - كذا



٧. ١ باب مسائل متفرقة ك[١]

تصارفا جنساً بجنس متساوياً فرادا أحدهما أو حط شيئاً وقبل الآخر يلتحق بالعقد ويفسد عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة باطلة. والعقد الأول صحيح. وأما الحط فكذلك عند أبي يوسف باطل. وعند محمد جائز. ويجعله هبة. فإن سلم الذي حط ووهب ثبت الملك. وإلا لا يجبر عليه. لأنه لما كان في الحط إفساده جعله هبة. ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم الربا غير أن الزيادة تعتبر قبضها في مجلس الزيادة. لأنه ثمن الصرف. فإن افترقا لا عن قبض بطلت بحصتها من الآخر كأنه با ع بالكل ثم فسد في البعض لعدم القبض. والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده. ويرد الذي حط ما حط. وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلاً. لأن في تبعيضه صرف. وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة. لأنه ربا إذا اشتراه بجنسه. ويجوز بخلاف جنسه. ولو اشترى مصوغاً من فضة بفضة أو ذهب وتقابضا ثم[٢] وجده المشتري معيباً له أن يرده بالعيب. فإن ردّه بقضاء لا بأس إن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد. لأنه فسخ. وبغير قضاء يشترط القبض في المجلس. فإن قبض وإلا بطل الرد وعاد البيع الأول. لأنه بيع في حقّ الشرع. فإن تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث به عيب[٣] آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهباً لتعذر الفسخ. وإن كان فضة لا يرجع. لأنه يؤدي إلى الربا. فإن قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري. ولو أبرأ أحد المتصارفين صاحبه قبل قبضه أو تصدق به عليه قبل قبضه بطل الصرف وبطل الدين كما في السلم. ولو أخذ بدلاً من جنسه أو اشترى به[٤] شيئاً فالشراء فاسد. والصرف بحاله بقبض بدله. وقال زفر يجوز. ه[٥] وبدل الصرف لا يصير قصاصاً بدين وجب قبل الصرف إلا إذا تقاصا فيقاصان استحساناً لا قياساً لإسقاطه القبض الواجب حقاً للشرع. وفي الاستحسان جعلا كأنهما فسخاه. وجعل الدينار المقبوض بهذه العشرة. ولو جعلاه قصاصاً بدين وجب بعد عقد الصرف لا يصير قصاصاً إلا رواية عن أبي يوسف اشترى سيفاً مُحلى فيه مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم أن فيه مائتي

---

١ ك : الكفاية للبيهقي
٢ ف، ق : – ثم
٣ ق : – عيب
٤ أ : – به
٥ ه : هداية

درهم قبل التفرق. فإن شاء زاد في الثمن [١٨٦/ب] مائة أخرى. وإن شاء فسخ. وإن علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل. ولو كان ذلك في إبريق فضة يبطل العقد في نصف الإبريق. اشترى ديناراً بدرهم ولا ديناراً لهذا ولا درهم لهذا ثم نقد أو تقابضا قبل التفرق جاز. وفي المكيل لا يجوز. وعن أبي حنيفة اشترى فلوساً بدرهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما ثم تفرقا جاز. ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز.[١]

---

[١] أ، ف : + والله أعلم بالصواب



٨ كتاب الرهن هـ[1]



اعلم[2] أن عقد نظام العَالِم بالعبادات التي نيطت لها سعادة الدارين والمعاملات التي توقف عليها معايش الثقلين. ولما كانت البياعات أهم أبواب المعاملات. عقبها المصنف بالعبادات ثم عقب أبواب البياعات بكتاب الرهان. لأنه من أقوى وثائق الأثمان. هـ[3]

فقال:[4] **الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض.**

والرهن لغة[5] حبس الشيء بأي سبب كان. وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق[1] يمكن استيفاؤه من المرتهن كالديون. شق[2] الرهن عبارة عن وثيقة عن وثيقة بمال. والكفالة وثيقة بذمة. وقد ثبت جوازه بالكتاب

تمامه. المبسوط ٦٣/٢١.

٣ هـ : هداية

٤ مناسبته للبيع ظاهرة لأن الغالب أنه يكون بعده. اللباب

والسُنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **فرهان مقبوضة** ﴾[3] أمر بالرهن. لأن المصدر متى قرن بالفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كقوله تعالى ﴿ **فتحرير رقبة** ﴾[4] وقوله فكفارته[5] ﴿ **فضرب الرقاب** ﴾[6] ونحوها. والأمر بالفعل يقتضي الجواز.

وأما السُنة فما روي « **أنه ﷺ اشترى من يهوديّ طعاماً ورَهَنَه دِرْعَه** »[7]

وأما الإجماع فظاهر. أما اعتبار الإيجاب والقبول لأنه عقد ضمان فأشبه سائر العقود والقبض شرط اللزوم. وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع. ولنا أن الله تعالى جعل القبض من صفات الرهن. فلا يوجد بدونه. ولأنه عقد تبرع. ولهذا لا يجبر عليه. فلا بد من إمضائه كالوصية. وذلك بالقبض. هـ[8] قالوا الركن الإيجاب بمجرده. لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة. ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية. لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع. وعن أبي يوسف أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل. لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء. لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري. وليس بموجب ابتداءً. والأول أصح. ط[9] أشار في الأصل إلى أن القبض شرط الجواز. وذكر شيخ الإسلام أنه شرط اللزوم. والأول أصح. شق[10] القبض شرط الصحة.

قال: **وإذا قبض المرتهن الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه.**

: شرح الأقطع شرح القدوري

[3] البقرة ٢/٢٨٣

[4] النساء ٤/٩٢

[5] ق : + إطعام

[6] محمد ٤٧/٤

[7] البخاري الصحيح "**بيوع**" ١٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٢٤؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٥٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/١٦٠.

[8] ه : هداية

[9] ط : المحيط

[10] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

لوجود القبض بكماله فلزم العقد فالمحوز [١٨٧/أ] هو المجموع احتراز عن التفرق كالثمار على رؤوس الأشجار. والمفرغ احتراز عن المشغول كالأرض والنخل المشغول بالزروع والثمر. والمتميز احتراز عن المشاع.

قال: **وما لم يقبضه فالراهن بالخيار. إن شاء سلمه إليه. وإن شاء رجع عن الرهن.**

لما ذكرنا أن اللزوم أو الصحة بالقبض.

قال: **وإذا سلمه إليه وقبضه دخل في ضمانه.**

وقال الشافعي هي أمانة في يده. ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله ﷺ « **لا يُغلَق الرهنُ قالها ثلاثاً لصاحبه غُنمُه وعليه غُرمه** »[1] ومعناه لا يصير مضموناً بالدين. ولنا حديث عطاء « **أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يد المرتهن فقال له** ﷺ **ذهب حقُّك** »[2] وعن علي وعمر وشريح[3] رضي الله عنهم أنه مضمون. هـ[4]

وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون. وإن اختلفوا في كيفيته فالقول بالأمانة خرق له. والمراد بقوله ﷺ لا يعلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلّي بأن يصير مملوكاً له. كذا عن الكرخي والسلف. ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء. وذلك بملك اليد. والحبس الدائم للمرتهن لكون الراهن عاجزاً عن الانتفاع. فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره فيثبت الاستيفاء من وجه ويتضرر بالهلاك. فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا بخلاف القيام. لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر. والاستيفاء يقع بالمالية. أما العين أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته. وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن. لأن العين أمانة. فلا ينوب عن قبض ضمان. وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء. وهذا تحقق الصيانة. وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه. وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع. وعلى هذين الأصلين عده من المسائل المختلفة منها أن الراهن ممنوع قبل الاسترداد للانتفاع. لأنه يفوت موجبه. وهو الاحتباس على الدوام. وعنده لا يمنع. لأنه لا ينافي موجبه. وهو تعينه للبيع.

---

[1] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٢٣٧/٨؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٩/٦.

[2] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥٢٤/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

الزركلي الأعلام ١٦١/٣.

[4] هـ : هداية

قال: **ولا يصحّ الرهن إلا بدين مضمون.**

لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء. والاستيفاء يتلو الوجوب.[1] قلت[2] وفيه إشكالان. أحدهما أنه نفى الرهن إلا بالدين مع أنه يصحّ بالأعيان المضمونة بأنفسها. والثاني أنه قيده بالدين المضمونة. وما من دين إلا وهو مضمون. [١٨٧/ب] الجواب عن الأول ما ذكر في **هـ**[3] أن الموجب الأصلي في ضمان الأعيان هو القيمة. ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ. وهو دين. ولهذا يصحّ الكفالة. ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك. لكنه يجب بالقبض السابق. ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة. ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به. والجواب عن الثاني أن وصفه بالمضمونية للتأكيد وإشارة إلى السبب المحوز للرهن على ما ذكر في **شق**[4] وقوله إلا بدين مضمون فهو على وجه التأكيد. وإلا فجميع الديون مضمونة. قلت[5] ويجوز أن يريد به المضمون بنفسه حتى قال في **ك**[6] الرهن ببدل الصلح عن دم الخطأ لا يجوز. لأنه غير مضمون بنفسه. فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح.

ثم اعلم أن الرهن يجوز بكل دين ثمناً كان أو غيره. لأن الدين مضمون. وإنه عقد وثيقة لاستيفاء المضمون. **ك**[7] فأما الرهن تعين فأنواع رهن مضمون بنفسه أو مثله أو قيمته كالمغصوب وبدل الخلع في يد المرأة والصلح من دم العمد والمهر في يد الزوج جائز. لأنه مضمون ضماناً صحيحاً فصار كالدين. فإن هلك الرهن لا يصير مستوفياً للعين بل يغرم الأقل من قيمة الرهن وقيمة ما رهن به ويسترد العين. فإن هلك قبل الاسترداد له حبس الرهن لضمان العين. لأنه حبس به. فإن هلك الرهن قبل استيفاء الضمان صار مستوفياً للضمان إذا كان فيه وفاء. لأن الضمان دين فأمكن استيفاؤه من الرهن. ورهن بعين هو أمانة كالوديعة والعارية والمستأجر والبضاعة ومال المضاربة باطل لا يتعلّق به ضمان. ولو هلك قبل الحبس هلك أمانة خلاف محمد. **شق**[8] وما كان مضموناً بغيره لا يصحّ الرهن به كالمبيع في يد البائع. لأن هلاكه لا يوجب الضمان. لأنه يبطل البيع بهلاكه ويسقط الثمن.

---

[1] ... الوديعة. الهداية ٤/١٢٨.

[2] أ : قال سلمه الله

[3] ه : هداية

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[5] أ، ق : قال سلمه الله

[6] ك : الكفاية للبيهقي

[7] ك : الكفاية للبيهقي

[8] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

قال: **وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين. فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً. وإن كان قيمة الرهن أكثر من الدين فالفضل أمانة.**

وقال زفر الفضل مضمون. لأنه مرهون. ولنا أن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء. وذلك بقدر الدين دل عليه قوله عليه السلام هلك بما فيه أي بما فيه من الدين. ومذهبنا مروي عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم.

قال: **وإن كان أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل.**

لأن الاستيفاء بقدر المالية. ويستحيل أن يستوفا ألف من خمسمائة. وكذا القياس إذا هلك [١٨٨/أ] بعضه والنقصان من حيث السعر لا يسقط شيئاً من الدين عندنا خلافاً لزفر. وبه تفريعات دقيقة. ط[1] هذا[2] الحكم في الرهن الصحيح. وكذلك في الرهن الفاسد. هكذا في الجامع وشرح القدوري. وقال الكرخي المقبوض بحكم الفاسد لا يتعلّق به ضمان أصلاً. والباطل من الرهن لا ينعقد أصلاً. ولا يتعلّق به ضمان. والباطل هو ما لا يكون مالاً أو لا يكون المقابل به مضموناً. والفاسد هو ما يكون مالاً والمقابل به مضموناً. لكنه بعض شرائطه.

قال: **ولا يجوز رهن المشاع.**

خلافاً للشافعي. لأن حكمه عنده بعينه للبيع والشيوع لا يمنعه. وحكمه عندنا صيرورته محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء على ما مر. وإنه ممتنع في الشائع فلم يجز كما لو قال "رهنتك يوماً ويوماً" لا. ك[3] رهن المشاع لا يجوز من شريكه وغيره فيما يقسم وفيما لا يقسم. ك[4] ط[5] شق[6] والإشاعة الطارئة تبطل الرهن في المشهور. وعن أبي يوسف آخرا لا تبطل كالهبة. ولهما أنه يمنع استدامة الحبس في البقاء كالابتداء.

قال: **ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل ولا زرع في الأرض دون الأرض. ولا يجوز رهن الأرض والنخل دونهما.**

لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فيتعذر قبض المرهون وحده فكان في معنى الشائع. قال الطحاوي إلا إذا فصل أحدهما عن صاحبه وسلم فيجوز أو أمر المرتهن بالفصل والقبض. والأصل أن كل

---

[1] ط : المحيط
[2] أ، ف، ق : + هو
[3] ك : الكفاية للبيهقي
[4] ك : الكفاية للبيهقي
[5] ط : المحيط
[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

ما كان متصلاً بالمرهون اتصال امتزاج يدخل في الرهن من غير ذكر بخلاف البيع والهبة. هـ[1] ك[2] وعن أبي حنيفة أنه يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجر. لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف رهن الدار دون البناء. لأن البناء اسم للمبنى فيكون راهناً جميع الأرض. وهي مشغولة بملك الراهن. فلو رهن الشجر بمواضعها جاز. لأن هذه مجاورة. وهي لا تمنع الرهن. ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن. ولو رهن الأرض واستثنى الشجر بمواضعها جاز اتفاقاً. لأنه محوز متميز. ك[3] ولو قال "رهنتك هذه الدار والقرية أو الأرض" دخل البناء والشجر والزروع والكرم في الرهن. لأن قصدهما الصحة ولا صحة بدونه. وهو تبع حساً فيتبعه حكماً. هـ[4]

قال: **ولو رهن الدار بما فيها من المتاع جاز. ولو استحقّ بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بحصته.**

كأنه ما ورد إلا عليه وإلا بطل كله. ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة. وكذا متاعه في الوعاء المرهون. ويمنع تسليم الدابة المرهونة [١٨٨/ب] الحمل عليها فلا يتم حتى يُلقي الحمل. لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناً إذا دفعها إليه. لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في[5] رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ويسلم. لأنه من توابع الدابة كالثمر للشجر حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر. ط[6] ومتاع الراهن في الدار أو في الحانوت أو في الجوالق يمنع صحة[7] رهنها. والحيلة أن يودع المرتهن متاعه ثم يرهنه أو يرهنه ثم يودعه ثم يسلمه. ولو رهن المتاع دونها وخلي بينها والمرتهن صح. قلت[8] ومما ابتلى به أهل الأمصار من رهن الدور التي حيطانها مشتركة بين الجيران. وقد ذكره أستاذنا في منية الفقهاء عن الصدر الشهيد شرف الأئمة المكي رهن داراً له مبنية فيها جدار مشترك لا يصحّ. وكذا لو كان جداره متصلاً بالجدار المشترك. ولو استثنى الجدار يصحّ. وقال استاذنا شيخ الإسلام نجم الأئمة البخاري رهن داراً والحيطان مشتركة بينه وبين الجيران يصحّ الرهن في العرصة والسقف وسائر الحيطان واتصال السقف بالحيطان المشتركة لا يمنع الصحة.

---

[1] هـ : هداية
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] ك : الكفاية للبيهقي
[4] هـ : هداية
[5] ف : على
[6] ط : المحيط
[7] ق : – صحة
[8] أ : قال سلمه الله

قال: **ولا يصحّ الرهن بالأمانات كالودائع والمضاربات ومال الشركة.**

وقد بيناه والرهن بالدرك باطل. والكفالة جائزة. لأن الرهن للاستيفاء. ولا استيفاء قبل الوجوب. فلو هلك يهلك أمانة بخلاف الرهن بالدين الموعود بأن يقول "رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم" وهلك في يد المرتهن يهلك بما سمى. لأن الموعود جُعل كالموجود ثم للحاجة.

قال: **ويصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه.**

وقال زفر لا يصحّ. لأن حكمه الاستيفاء فيصير استبدالاً فلا يجوز. ولنا المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال. وهو المضمون على ما مر.

قال: **وإن هلك في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفياً لحقه[1] حكماً. وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطل.**

لفوات القبض حقيقة وحكماً. ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه. لأنه بدله كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته. ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه. وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقائلا له حبسه لأخذ[2] المبيع. لأنه بدله. ولو هلك يهلك بالثمن. [١٨٩/أ] ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد ولا بالكفالة بنفس ولا بالقصاص في النفس والطرف لتعذر الاستيفاء دون الخطأ ولا بالشفعة. لأنه غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني ولا بالعبد المديون. لأنه غير مضمون على المولى ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضموناً ولا خمراً ولا بالخمر في حقّ المسلم دون الذمي ولا ميتة ولا بها مطلقاً. ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حراً والخل خمراً والشاة ميتة فالرهن مضمون. وكذا رهن ببدل الصلح عن إنكار ثم تصادقا أن لا دين اعتباراً للظاهر فيها. ويجوز للأب رهن عبد ابنه الصغير بدين نفسه وكذا للوصي كالبيع. وعن أبي يوسف وزفر لا يجوز منهما. ولو رهن الأب من نفسه أو من ابن له صغير جاز بخلاف الوصي. لأن الواحد لا يتولى طرفي عقد الرهن إلا الأب لوفور شفقته كالبيع. ولو استدان وصي اليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعه أو اتجر له فرهن أو ارتهن جاز للحاجة. ولو رهنه الأب بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز. وكذلك الوصي والجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب. ويضمنون عند الهلاك حصصهم للصغير.

قال: **وإن اتفقا على وضع الرهن على يدي عدل جاز.**

---

[1] أ، ق : لدينه

[2] ق : بأخذ

لأن النيابة ممكنة في هذا العقد. فكذلك في حقوقه وشروطه. ولأن يد العدل يد للمرتهن بدليل أنه يملك فسخها فصار كأنه قبضه بنفسه. وربما لا يأتمن الراهن إلا العدل خلاف ابن أبي ليلى.

قال: **وليس للمرتهن ولا للراهن أخذه من يده.**

تحقيقاً لغرض كل واحدٍ منهما.

قال: **فإن هلك في يده هلك في ضمان المرتهن.**

لأن يد العدل يد للمرتهن. فكأنه هلك في يده أو يد وكيله.

قال: **ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون.**

لأن الرهن عقد للاستيفاء. ويمكن استيفاء الدين من هذه الأعيان فصح رهنا.[1]

قال: **فإن رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة.**[2]

لأنه لا عبرة للجودة عند مقابلتها بجنسها في الربويات. وهذا عند أبي حنيفة. لأن عنده يصير مستوفياً باعتباره الوزن دون القيمة. وعند أبي يوسف الجودة كزيادة وزن. لأن لها قيمة. ولهذا لو كسد إناءً مصبوغاً ضمن الجودة. ومحمد يجعل الجودة تابعة للوزن. ويجعل المضمون في الوزن إلا أن يكون الدين أكثر فيجعل المضمون منها لأجل الضرورة والحاجة. لأن التبع إنما يتعلّق به الحكم عند الحاجة. ولو كان الوزن زائداً هلك بعضه بالدين وبعضه أمانة. ولو كان قيمته [١٨٩/ب] أقل من الدين ذهب بالدين عند أبي حنيفة. وعندهما يغرم المرتهن مثله إن كان مثلياً. وإلا قيمته من غير جنسه ويرجع بالدين. ولو انكسر الإبريق وقيمته مثل وزنه يخير الراهن عند أبي حنيفة وأبي يوسف. إن شاء افتكّه بما فيه. وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو غير جنسه. ويكون رهناً عند المرتهن. والمكسور للمرتهن بالضمان. وعند محمد إن شاء افتكّه ناقصاً. وإن شاء جعله بالدين كالهلاك. وإن كان قيمته أقل من وزنه يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه أو ردياً من جنسه. ويكون رهناً عنده بالاتفاق. وإن كانت قيمته أكثر من وزنه كعشرة باثني عشر عند أبي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهناً عنده. وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته. ويكون سدسه رهناً معها عنده. وتمام جنس هذه المسائل في المبسوط والزيادات.

قال: **ومن كان له دين على غيره فأخذ منه مثل دينه فأنفقه ثم علم أنه كان زيوفاً فلا شيء له في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد.**

---

[1] أ : رهنها
[2] ف، ق : + والصياغة

لأن حقه في الوزن والجودة و لم يستوف الجودة بعد ولا يتمكن من استيفائه إلا برد مثل المقبوض والرجوع لحقه فله ذلك أو نقول المقبوض غير حقه فيرده ويطلب حقه. ز[1] ه[2] وذكر في الجامع الصغير قول محمد مع قول أبي حنيفة. وهو الصحيح. لأنه أخذ جنس حقه. ولهذا يملكه ويملك التصرف فيه. فلا يهلك مضموناً عليه. لأن القضاء بالضمان عليه حقاً له ممتنع. وتعذر الرجوع عليه بفضل الجودة. لأنه ربا.

قال: **ومن رهن عبدين بألف[3] فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما.**

وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مُبالغة في حمل الراهن على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البائع. فإن سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال المرهون به كمن قال هذا بستمائة. وهذا بأربعمائة فكذا الجواب في رواية الأصل لاتحاد الصفقة كالبيع. وفي الزيادات له أن يقبض إذا أدى ما سمي له للتفرق. ولهذا إذا قبل الرهن في أحدهما جاز. ك[4] رهن رجلان من رجل عبداً أو عبدين فالدين عليهما صفقة أو صفقتين يصحّ. وإذا أدى أحدهما نصيبه ليس له أخذ ماله. لأن تفريق الصفقة على المرتهن متعذر. ولأنه يفوت مقصوده من التوثيق. وكذلك المرتهن اثنان والراهن واحد لما تبين.

قال: **وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الأجل فالوكالة [١٩٠/أ] جائزة.**

وقال الشافعي لا يجوز بيع المرتهن إلا بحضرة الراهن. لأنه توكيل فيما يتعلّق بحق الوكيل. فلا يصحّ كما لو وكل الدائن المديون أن يقبضه لنفسه. ولنا أنه وكله ببيع ملكه والبيع تقع للراهن فصح توكيله بخلاف المديون. لأنه يقبضه لنفسه. ولأنه لما جاز التوكيل للعدل جاز للمرتهن كالإمساك.

قال: **فإن شرطت الوكالة في عقد الرهن فليس للراهن عزله عنها. فإن عزله لم ينعزل.**

وقال الشافعي له عزله كسائر الوكالات. ولنا أنها لما شرطت في العقد صارت من حقوقه كالقبض وكالرهن إذا شرط في البيع وكالخصم وكل غيره بطل الخصم عند القاضي لا يملك عزله.

قال: **فإن مات الراهن لم ينعزل.**

---

[1] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن
[2] ه : هداية
[3] أ، ق : + درهم
[4] ك : الكفاية للبيهقي

لأنها لما صارت من حقوقه. وهي لا تبطل بالموت كالقبض. كذا هذا **ك**[1] ولا تبطل بموت أحدهما أو كلاهما. بل يبطل بموت العدل و لم يقم وارثه ووصيه به. لأن[2] الموكل[3] رضى به لا بوارثه. ولو لم تشترط التوكيل في الرهن وشرطها بعده فللراهن المنع. وتبطل بموته. ولا يملك المرتهن مطالبته بالبيع في المشهور. وعن أبي يوسف لا يملك عزله. لأنها التحقت بالعقد. ولنا أنها مطلقة فيملك عزله. فإن المرتهن لا يتصرف في المرهون إلا ما يتصرف المودع في[4] الوديعة ويمسكه بمن يمسك الوديعة من عياله. ويبيع العدل يخرج العين من الرهن وصار الثمن رهناً مقبوضاً كان أولاً. فإن توى[5] على المرتهن لقيامه مقام الرهن ثم الدين ثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن فصار كأنه في يد المشتري فيهلك عليه. وكذا إن قُتل عبد الرهن وأخذ قيمته أو دفع به عبداً مثله صار رهناً. ويمكنه بيعه. وكذا ما تولد من الرهن. ولو قبض العدل الثمن وسلمه إلى المرتهن ثم استحقّ المرهون أو ردّ عليه بعيب بقضاء وأخذ[6] الثمن فالعدل إن شاء رجع على المرتهن بمقداره أعطاه. وعاد الدين على الراهن. لأنه فعله لأجله وسلمه إليه. وإن شاء رجع على الراهن وما قبضه المرتهن له بدينه. لأنه أدخل العدل في هذه العهدة. وإن سلم المشتري الثمن إلى المرتهن لا يرجع عليه. وهذا إذا كانت الوكالة مشروطة في الرهن. فإن لم تكن[7] يرجع على الراهن لا غير قبض المرتهن الثمن أولاً. لأنه وكيله خاصة. وإن هلك الثمن في يد العدل يهلك على المرتهن. لأنه بمنزلة الرهن. ولو أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن فالقول للعدل. وبطل دين المرتهن. لأنه أمين فتقبل قوله في حقّ نفسه إن لم تقبل على غيره. وجُعل كأنه هلك في يده. **هـ**[8] رهن وسلط عدلاً على بيعه عند محل الأجل فلم يقبضه حتى حل الدين فالرهن باطل لعدم القبض. وبيع العدل جائز. [١٩٠/ب] لأن الوكالة صحت نفسها لتفردها عن الرهن كما لو رهن مشاعاً وسلطه على بيعه بطل الرهن. وبيعه صحيح عن محمد للعدل أن يبيع نقداً ونسيئةً. وإن نهاه الراهن عن النسيئة لم يصحّ إلا إذا نهاه عند العقد. وعند أبي حنيفة يبيعه بأي ثمن كان. وعندهما لا يجوز[10] إلا بالنقدين أو بجنس الدين هنا أيفاء للدين عن أبي يوسف مات العدل يوضع على يد عدل آخر برضاهما. فإن اختلفا يضعه القاضي على يد عدل. وليس للثاني أن يبيع. لأن الراهن لم يوكله إلا أن يموت الراهن عند أبي حنيفة.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[10] لا يجوز

قال: **وللمرتهن أن يُطالب الراهن بدينه ويحبسه به وإن كان الرهن في يده.**

لأن الدين ثابت. والرهن وثيقة به. فلا يمنع المطالبة والحبس كالكفالة وكالمبيع في يد البائع. وكذا يحبس العدل به وفاءً بالملتزم.

قال: **وليس عليه أن يمكنه من بيعه حتى يقضيه الدين من ثمنه.**

لأن في تسليمه إبطال الوثيقة. فلا يلزمه حتى يستوفي حقه.

قال: **فإذا قضاه الدين قيل له "سلم الرهن إليه"**

لانتهاء حقّ الإمساك. ه[1] فإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن. فإذا حضره أمر الراهن أولاً بتسليم الدين إليه ثم بتسليم الرهن كما مر[2] في المبيع والثمن. وإن طالبه في غير البلد الذي وقع العقد والرهن مما ليس له حمل ومؤنة. فكذلك الجواب. لأن الأماكن فيه على السواء على ما مر في السلم. فإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه. ولا يكلف إحضار الرهن لأنه نقل. والواجب عليه التسليم بالتخلية لا النقل لتضرره به. وفي فصل العدل لا يكلف المرتهن إحضار الرهن عند المطالبة بالدين لعجزه. وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن. لأنه صار ديناً بالبيع فكان الراهن رهنه وهو دين. ولو قبضه حينئذ يكلف إحضاره وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف إحضاره لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأً حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة. لأنها خلف الرهن. ولو أودعه العدل عند غيره بأمرهما[3] أو وضعه في يد من في عياله وغاب ويقول العيال "لا أدري لمن هو" أو غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو يجبر الراهن على قضاء الدين قبل إحضار الرهن للعجز. ولو هلك قبل الرد بعد قضاء الدين استرد الراهن ما قضاه. لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق.

قال: **وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف. فإن أجازه المرتهن جاز. وإن قضاه الراهن دينه جاز.**[4] [١٩١/أ]

لأنه باع ملكه وللغير فيه حقّ وهو المرتهن فيوقف على إجازته كمن أوصى بجميع ماله يقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به. فإن أجازه جاز. لأنه رضي بسقوط حقه. وإن قضاه دينه جاز أيضاً لزوال المانع من النفاذ. وإذا نفذ بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله على الأصح. لأن حقه

---

[1] ه : هداية
[2] ق : - مر
[3] ف : - بأمرهما
[4] ف، ق : + البيع

تعلق بالمالية وللبدل حكم المُبدل فصار كالعبد المديون. إذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل. كذا هذا. وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتكّ الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه. وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه. لأن حقه في الحبس. وذلك لا يبطل بانعقاده فبقى موقوفاً. فإن شاء المشتري صبر حتى يفتكّه الراهن. وإن شاء رفعه إلى القاضي فيفسخه وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض. فإنه يتخيّر كذا هنا. ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن يتوقف الثاني أيضاً. لأن الموقوف لا يمنع غيره. فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني. ولو باع الراهن ثم آجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول. لأن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني. لأنه يتعلّق حقه ببدله فصح تعيينه لفائدته. ولا حقّ له في هذه العقود. لأنه لا بدل في الهبة والرهن والبدل الذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين فوضح الفرق بينهما.

قال: **وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه.**

وفي أحد أقوال الشافعي لا ينفذ كالبيع. وفي بعضها لا ينفذ إذا كان معسراً محافظة على حقّ المرتهن. ولنا قوله ﷺ « **من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه** »[1] ولأنه أعتق ملكه. فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كإعتاق المشتري قبل القبض وإعتاق الآبق والمغصوب. ثم إذا زال ملكه وفي الرقبة بإعتاقه يزول مُلك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك وبل أولى. لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد وامتناع النفاذ في البيع والهبة للعجز عن التسليم. وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله.

قال: **فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين.**

لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه.

قال: **فإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين.**

لأن سبب الضمان موجود وفي التضمين فائدة. فإذا حل الدين أخذ منه حقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل.

قال: **فإن كان** [١٩١/ب] **مُعسراً استسعى العبد في قيمته. فيقضي بها الدين.**

لأن الدين كان متعلّقاً برقبته. وقد سلمت له بالعتق. وتعذر استيفاء الضمان من الراهن فلزمه ضمان ما سلم له كغاصب الغاصب. إذا سلم له العين المغصوبة لزمه ضمانها. لأن « **الخراج بالضمان** »[2]

---

[1] الطبراني "**مجمع الزوائد**" ٢٤٦/٤.

[2] أبو داود السنن "**بيوع**" ٧١؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ١٥؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٤٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٩/٦.

ك[1] شق[2] ويسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين. لأن الدين إذا كان أقل من القيمة لا يتعلّق حقّ المرتهن بالفضل فلم يضمن.

قال: **ويرجع به العبد على مولاه.**

يعني إذا أيسر. لأنه قضى دينه. وهو مضطرّ فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما يحمل عنه كالكفيل بخلاف المستسعي في الإعتاق. لأنه يؤدي ضماناً عليه. لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده. وعندهما لتكميله. وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه بخلاف المشترا قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى. لأن حقّ البائع في الحبس أضعف. لأن البائع لا يملكه في المآل. ولا يستوفي من عينه. وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري. والمرتهن ينقلب حقه ملكاً. ولا يبطل حقه بالإعارة. هـ[3] ولو أقرّ المولى برهنه بأن قال "رهنتك عند فلان" وكذبه العبد ثم أعتقه يجب السعاية عندنا خلاف زفر. ولو دبّر عبده أو أستولد جاريته بعد الرهن صحّا وخرجا من الرهن لبطلان المحلية. فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتها. وإن كان معسراً استسعى المرتهن والمدبر وأم الولد في جميع الدين. لأن كسبهما مال المولى بخلاف العتق حيث يسعى في الأقل منهما. ولا يرجعان بما يؤديان على المولى إذا أيسر لما مرّ. ولو أعتقا بعد ما أدّيا بعضه لا يرجعان به. ولكن يرجعان بما يؤدّيانه بعد العتق. لأنه حقّهما.

قال: **وكذلك إن استهلك الراهن الرهن.**

لأنه أبطل حقّاً محترماً فيضع الضمان مكان الرهن العين على ما مرّ.

قال: **فإن استهلك أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه. ويأخذ القيمة فيكون رهناً في يده.**

لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه. وكذا في استرداد ما قام مقامه. والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك حتى لو رهن وقيمته ألف بألف وهلك وقيمته خمسمائة سقط من الدين خمسمائة. والمعتبر في ضمان الرهن يوم القبض. لأنه مضمون بالقبض. ولو استهلك المرتهن والدين مؤجل عزم قيمته وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين فيستوفي منها حقه إذا كان من جنسه. ويرد الفضل. وإن نقضت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقيمته يوم الرهن ألف وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة. لأن ما انتقص كالهالك فسقط الدين بقدره. ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضموم بالقبض [١٩٢/أ] السابق لا يتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[3] ه : هداية



٨. ١ باب الجناية في الرهن

قال: **وجناية الراهن على الرهن مضمونة.**

لأنه تفويت حقّ لازم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حقّ الضمان لتعلق حقّ الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه بالزائد على الثلث وكالورثة إذا أتلفوا العبد الموصَى بخدمته ضمنوا قيمته ليشتري بها عبداً[1] يقوم مقامه.

قال: **وجناية المرتهن عليه يُسقط من الدين بقدرها.**

ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين. وهذا لأنه أتلف ملك الغير فلزمه ضمانه فيسقط منه قدر الدين إن كان حالاً ويرد الفضل.

قال: **وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر.**

وهذا عند أبي حنيفة. وقالا جنايته على نفس المرتهن الموجبة للمال معتبرة. أما على الراهن فلأنها جناية المملوك على المالك حتى لو مات كان كفنه عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه. لأن الملك عند أداء الضمان ثبت للغاصب مستنداً إلى وقت الغصب حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير المالك فاعتبرت. وأما على نفس المرتهن فهما يقولان الجناية حصلت على غير ملكه وفي الاعتبار فائدة. وهو دفع العبد إليه بالجناية فيعتبر. ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن. وإن قال المرتهن "لا أطلب الجناية" فهو رهن بحاله. ولأبي حنيفة أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن لكان عليه التخليص منها. لأنها حصلت في ضمانه. فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه. وجنايته على مال المرتهن لا يعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لعدم الفائدة في اعتباره. وإن كانت قيمته أكثر من الدين. فعن أبي حنيفة في الفضل روايتان. في رواية لا يعتبر. وفي رواية يعتبر بقدر الأمانة. ك[2] جناية الرهن على ابن الراهن وسائر ورثته أو المرتهن كالجناية على الأجنبي. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة

---

١ أ، ف، ق : عبد

٢ ك : الكفاية للبيهقي

أنه كالجناية عليه. ولو قيل الراهن أو المرتهن أو الأجنبي عمداً يقبض منه. لأنه في حقّ الدم مبقي على الحرية ويبطل الدين.

٨. ١. ١ فصل في جناية الرهن

وأما جناية الرهن على الرهن كمن رهن عبدين قيمته كل واحد منهما ألف بألفي درهم فجنى أحدهما على الآخر نفساً أو ما دونها لا يثبت حكمها. لأن جناية بعض الرهن على البعض لا يخلو عن أربعة أوجه. جناية الفارغ على الفارغ. والمشغول على الفارغ. والمشغول على المشغول. والفارغ على المشغول. والثلاثة الأول هدر. لأنه لا حقّ للمرتهن في اعتبارها. وجناية الفارغ على المشغول معتبرة. لأنه ينتقل ما في المشغول إلى الفارغ. وفي هذه [١٩٢/ب] المسألة جناية مشغول على مشغول فلم يعتبر. ولو كانا رهناً بألف فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع فيه ولا فداء. ويكون القاتل بسبعمائة وخمسين. لأن كل واحد نصفه مشغول ونصفه فارغ. فجناية الفارغ على الفارغ والمشغول على الفارغ وعلى المشغول هدر. لكنه يسقط في ما في المشغول من الدين. كأنه هلك بآفة سماوية. تبقى جناية الفارغ على المشغول فيعتبر وينتقل ما في المشغول إلى الفارغ. وذلك مائتان وخمسون وكان فيه خمسمائة فصار سبعمائة وخمسين. ولوكانا رهناً بعقدين وفي قيمتهما فضل على الدين يثبت حكم الجناية. ويقال للراهن "ادفع القاتل مكان المقتول." لأن الحق المتعلّق بأحدهما يخالف المتعلّق بالآخر حتى لو قضى حصة دين أحدهما له الأخذ. وإن لم يكن في قيمتهما فضل يسقط ما في المجني عليه. ولا يثبت حكمها لعدم الفائدة.

وأما جناية الرهن على الأجنبي قتل العبد قتيلاً خطأً. يقال للمرتهن "أفد[1] العبد." ولا يرجع بما فدى على الراهن. لأن جناية المضمون في يد الضامن يكون عليه وليس له الدفع. لأنه يملك الرقبة. وهو لا يملكها. فإن أبى المرتهن الفداء يقال للراهن "ادفع أو أفده." لأنه ملكه. لكنا ابتدأنا بالمرتهن ليبقى دينه. لأنا لو خاطبنا الراهن ابتداءً ربما يدفعه فيسقط دينه. فإن دفع أو فدى سقط حقّ المرتهن. لأن العبد أو بدله استحقّ بسبب كان في يد المرتهن فيسقط الدين كما لو هلك. ولو استهلك مالاً يستغرق رقبته. فإن أدى المرتهن ما لحقه فدينه على حاله. كأنه لم يجن. وإن أبى كُلف الراهن بيعه في دينه إلا أن يختار ما لحقه من الغرم. فإن أدّى بطل دين المرتهن كما لو استحقّ العبد وإن باع. فإن كان ما أخذ غريم العبد من ثمن العبد مثل دين المرتهن أو أكثر بطل دين المرتهن. وإن كان دين المرتهن أكثر فما فضل من دينه يأخذه المرتهن رهناً إلى أن يحل دينه فيأخذه من دينه. وحق ولي الجناية تقدم على حقّ المالك فعلى حقّ المرتهن أولى. وحق هذه المسائل رهن الكفالة.

---

[1] ق : ادفع

قال: **وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن. وأجرة الراعي على الراهن. ونفقة الرهن على الراهن.** ك[1]

وأصله أن ما يكون من مؤنة الحفظ على المرتهن. لأن الحفظ عليه وما يكون من مصلحة الملك وتبقيته وموؤناته على الراهن. لأنه ملكه فالطعام والكسوة وأجرة ظئر ولد الراهن والراعي وسقى البستان وتلقيحه وجداره والقيام بمصلحته والخراج على الراهن وأجرة المسكن والمأوى في المشهود والحافظ على المرتهن وإن كان بعضه أمانة. لأن حفظ جميعه عليه لاحتباس [١٩٣/أ] جملته لحقه. وجُعل الآبق على المرتهن بقدر ما هو مضمون عليه دون ما هو أمانة. لأنه في حصة الأمانة كالمودع. فأما ما يجب لرد جزء من العين أو حفظه كمعالجة القروح والأمراض وكجعل الآبق يقسم على قدر المضمون والأمانة. لأن المرتهن بصلح حقه والفداء من الجناية والدين الذي يلحقه كجعل الآبق والعشر يأخذه الإمام ويكون الباقي[2] رهناً لتقدمه على حقّ المرتهن. ووقع مستثنى عن الرهن. وما وجب على أحدهما ففعله الآخر يكون متطوعاً إلا بإذنه أو بأمر القاضي إذا امتنع فيرجع. وعن أبي حنيفة إنما يرجع إذا فعله بقضاء والآخر غائب. وعن أبي يوسف ويرجع في الحالين.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] أ، ق : – الباقي



٨. ٢ باب النماء في الرهن

قال: **ونماؤه للراهن. فيكون رهناً مع الأصل.**

كالولد واللبن والصوف والتمر والأرش. لأنه تبع له والرهن حقّ لازم فيشتري إليه كحق الكتابة والاستيلاد فيمسك جميعه ليستوفي دينه. وعند الشافعي لا يكون رهناً. ولا يسري وصفه إليه كولد المستأجرة والموصى بخدمتها وولد الجانية. لكنا نقول حقّ المرتهن أقوى وألزم منها.

قال: **فإن هلك هلك بغير شيء.**

لأن الإتباع لا قسط لها مما تقابل بالأصل كولد المبيعة وأطرافها.

قال: **فإن هلك الأصل وبقى النماء افتكّه الراهن بحصته يقسم على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك. فما أصاب الأصل سقط من الدين وما أصاب النماء افتكّه الراهن.**[١]

لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض. والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذ بقى إلى وقته. والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع بيانه جارية رهنت بألف قيمتها ألف ولدت ولداً يساوي ألفاً فالدين يقسم نصفان ظاهراً. لكنه يتغير حتى لو مات الولد ذهب بغير شيء. ويكون الأصل بجميع الدين. وإن هلكت قبل الولد تملك بنصف الدين اعتباراً للقسمة ظاهراً أو يفتكّ الولد بنصف الدين. فإن مات قبل الافتكاك صار كأن لم يكن وكأنه ذهب الأصل بجميع الدين. ولو لم يمت واحد منهما وأراد الافتكاك وقد نقصت قيمة الأم سعراً أو بدناً دون قيمة الولد يفتكّ كل واحد منهما بنصف الدين.[٢] لأن نقصان قيمة الأم بعد القبض لا تعتبر لا جرم لو كان قيمة الولد ناقصة بعيب دخله أو بتغير سعر مثلاً إلى خمسمائة دون قيمة الأم يفتكّ الأم بثلثي الدين والولد بثلثه. لأن قيمته تعتبر يوم الفكاك. وإن صارت قيمة الولد حينئذ ألفين يفتكه الأم[٣] بثلثي الدين والولد[١] بثلثه. [١٩٣/ب] ولو اعورت المرهونة قبل الولادة أو بعدها والمسألة

---

١ أ : به

٢ ق : – يفتكّ كل واحد منهما بنصف الدين

٣ ف، ق : – الأم

بحالها يقسم الدين نصفين ظاهراً أولاً فلما اعورت الأم يذهب نصف ما فيها. وهو ربع الدين مائتان وخمسون. والباقي يقسم على قدر قيمتهما. ه[1] ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال للمرتهن "أحلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال" فحلب وشرب لا ضمان عليه. لأن الإباحة ليست بتمليك فصح تعليقها بالشروط. وإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط. وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن. لأنه بالتسليط يصير كأنه أخذه من المرتهن فيصير مضموناً عليه بالتلف. وكذا ولد الشاة. وجميع النماء الذي يحدث على هذا القياس.

قال: **ويجوز الزيادة في الرهن. ولا يجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يصير الرهن رهناً بها. وقال أبو يوسف يجوز الزيادة في الدين أيضاً.**

وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما. والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء. وذلك لأن الزيادة توجب تغير الضمان الذي وجب بالقبض مع بقاء القبض. وإنه ممتنع كالغصب. ولنا وهو الاستحسان أن الزيادة تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد عليهما للحاجة. وأنكر تصحيحه بتغير العقد من وصف إلى وصف كما لو زاد أجلاً أو أجله بخلاف الغصب. لأنه لا عقد ثمه فيتغير. ولأبي يوسف أن الدين في باب الرهن كالثمن والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع. ولهما أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن. وهو غير مشروع عندنا. والزيادة في الرهن يوجب الشيوع في الدين. وإنه لا يمنع صحة الرهن. ولهذا لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز. والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين. لأنه غير معقود عليه ولا معقود به. بل وجوبه بسبب سابق على الرهن. وكذا يبقى بعد انفساخه. والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع. لأنهما يجبان بالعقد ثم إذا صحت الزيادة في الرهن يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت. لأن ضمان كل واحد منهما بالقبض. فيعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض. وتمامه في الزيادات.

قال: **وإذا رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز. وجميعها رهن عند كل واحد منهما. والمضمون على كل واحد منهما حصة دينه منهما.**

لأن الرهن [١٩٤/أ] أضيف إلى جميع العين المعين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه. وموجبه صيرورته محتبساً بالدين. وهذا مما لا تقبل الوصف بالتجزئ فصار محبوساً بكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة. لأن موجبهما ثبوت الملك. ويستحيل ثبوت الملك لكل واحد منهما فيلزم الإشاعة. والرهن للوثيقة. ويجوز أن يكون كله وثيقة بهذا الدين ووثيقة بهذا. فإن تهايأ فكل واحد

---

[1] ق : الأم

[2] ه : هداية

منهما في نوبته كالعدل في حقّ الآخر. وإنما ضمن كل واحد منهما حصّة دينه. لأن عند الهلاك يصيران مستوفين. والاستيفاء يقبل التجزئ. ك[1] ولو رهن رجلان من رجل عبداً أو عبدين والدين عليهما صفقة أو صفقتين يصحّ. وإذا أدى أحدهما نصيبه ليس له أخذ ماله. لأنه يفوت مقصوده من التوثيق. ولو أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل. لأنه يؤدي إلى الشيوع أو إلى ترجيح أحدهما. فإن قلت يُجعل كأنه رهنه عند كل واحد منهما. قلت هذا خلاف مقتضى البينة.

قال: **فإن قضى أحدهما دينه كان كلها رهناً في يد الآخر حتى يستوفي دينه.**

لما بينا.

قال: **ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري بالثمن شيئاً بعينه فامتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه. وكان البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن. وإن شاء فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً أو يدفع قيمة الرهن رهناً.**

وهذا استحسان. والقياس أن يفسد البيع. وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع على أن يعطيه كفيلاً حاضراً في المجلس وجه القياس أنه شرط لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة. ولنا أنه شرط يُلائم العقد. لأن الكفالة والرهن لاستيثاق الثمن فكان صفة الثمن كالجودة. فإذا لم يكن الرهن والكفيل معيناً صار كأنه ذكر ثمناً بصفة مجهولة فيفسد. ولو كان الكفيل غائباً فحضر في المجلس وقيل صح. وإذا امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه خلافاً لزفر. لأنه صار من حقوقه. ولنا أن الرهن تبرع من جانب الراهن. ولا يتعلّق الاستحقاق بعقده فلا يجبر عليه. لكنه يجبر البائع لفوات شرط مرغوب. فإذا دفع الثمن حالاً سقط الخيار لحصول المقصود من الرهن. وهو استيفاء الثمن. وكذا إذا دفع قيمة الرهن رهناً. لأن القيمة قائمة مقام العين. ومن اشترى شيئاً بدراهم فقال البائع "أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن" فالثوب رهن لحصول معنى الرهن. والعبرة في العقود للمعاني.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي



٨. ٣ باب في حفظ الرهن

قال: **وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي [١٩٤/ب] في عياله.**

لأنه يلزمه حفظه كحفظ ماله. والإنسان يحفظ ماله بهؤلاء فلم يكن مفرطاً بحفظه. قلت[١] وفي أكثر النسخ وولده وخادمه الذين في عياله. وهو الأصح.

قال: **وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن.**

لأن الراهن لم يرض إلا بحفظه ومن لا بد منه كالمودع.

قال: **وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته.**

لأن الزيادة على قدر الدين أمانة. والأمانات تضمن بالتعدي كالمواد ع.

قال: **وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن جاز[٢] وقبضه خرج من ضمان المرتهن.**

لأن ضمانه كان بالقبض. وقد زال فيزول كالغاصب إذا رد المغصوب ولأنه يد عارية وإنها تنافي الضمان.

قال: **فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء.**

لفوات القبض المضمون.

قال: **وللمرتهن أن يسترجعه من يده. فإذا أخذه عاد الضمان.**

لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال. ولهذا لو هلك الراهن قبل أن يرده إلى المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء. وهذا لأن يد العارية غير لازمة. والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال. ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن. وإن لم يكن مضموناً بالهلاك وإذا بقى عقد

---

[١] أ : قال سلمه الله

[٢] أ : - جاز

الرهن. فإذا أخذه عاد الضمان لعود القبض. هـ[1] وكذا[2] لو أعاده أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا. ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان إحياءً لحقه. وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ. وأما إذا أجره من المرتهن صحّ وخرج عن كونه رهناً. وإذا انتقضت مدة الإجارة لا يعود رهناً. وأما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن. وكذا إذا هلك بعد الفراغ لعودها. ولو هلك في حال العمل بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال. وإنما تبقي الضمان. وكذا إذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال. ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير جاز. لأنه تبرع بملك اليد كالتبرع بملك العين. ولو عين قدراً لا يجوز أن يرهنه بأقل منه أو بأكثر. لأن التقييد مفيد. وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد. لأن كل ذلك مقيد. وإذا خالف كان ضامناً ثم إن شاء المعير ضمن المستعير. ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن. لأنه ملكه بأداء الضمان فرهن ملك نفسه. وإن شاء ضمن المرتهن. ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن. وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به. إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن تبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن. وإذا كانت قيمته أقل من الدين [١٩٥/أ] ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً. ولو كان قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع. لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه. ولهذا يرجع على الرهن بما أدى بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين. لأنه متبرع. ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل الرهن أو بعد الفكاك فلا ضمان عليه. ولو اختلفا فيه فالقول للراهن. لأنه ينكر الإيفاء. ولو اختلفا في مقدار ما أمره فالقول للمعير. ولو رهنه المستعير بدين موعود. وهو أن يرهنه ليقرضه كذا والمسمّى والقيمة سواء تضمن القدر الموعود المسمّى لما مر. ويرجع المعير على الراهن بمثله. ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن. وإن شاء ضمن المعير قيمته لإتلافه حقه فيكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردها على المعير. ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل الرهن ثم رهنهما ثم قضى المال ثم هلكا قبل القبض من المرتهن فلا ضمان عليه. لأنه برئ عن الضمان حين رهنهما. وكذا إذا استعملها بعد الفكاك ثم تركهما وهلك. لأنه أمين خالف ثم وافق.

قال: **وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين.**[3]

بالعيب

لأن الوصي قائم مقامه.

قال: **فإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه.**

لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصيب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره.

قال: **وإن كان على الميت ديون فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز. وللباقي رده.**

لأنه إيثار له بالإيفاء الحكمي. فإن قضى دينهم قبل الرد جاز لزوال المانع. ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن. وإذا ارتهن الوصي بدين للميت جاز. لأنه استيفاء. وهو يملكه. شق[1] ولو أبرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه له ثم هلك الرهن في يده قبل أن يحدث فيه شيئاً يضمن قياساً لبقاء القبض. ولا يضمن استحساناً. لأن الهبة والبراءة لا يجوز أن يوجبا ضماناً للواهب[2] في[3] المشتري لأجلهما كالبائع وهب الثمن للمشتري ثم هلك المبيع في يده لم يلزمه الضمان.[4]

[illegible]

واجبا. الفتاوى الهندية ٥/٤٣٩.

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] ق : + والمبرئ

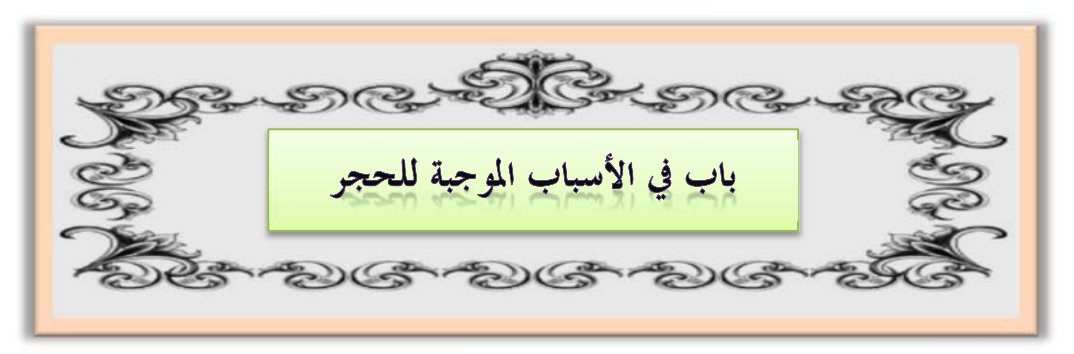
[3] أ، ف : و

[4] ق : + والله أعلم



٩ كتاب الحجر





٩. ١ باب في الأسباب الموجبة للحجر

قال:[1] الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة[2] الصغر والرقّ والجنون. شق[3]

---

[1] [illegible] بالنصوص بطريق [illegible] والاختلاف بين العلماء رحمهم الله ورأى هذا في فصلين أحدهما الحجر على السفيه المبذر. المبسوط ١٥٦/٢٤.

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ف، ق : – ثلاثة

الحجر[1] في اللغة هو المنع وفي الشرع المنع على وجه مخصوص. قلت[2] وهو أن ينفذ حكم تصرفه نفاذاً مطلقاً. وقد ثبت الحجر [١٩٥/ب] بالكتاب والسُنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً** ﴾[3] فإذا دفعوا إليهم أموالهم منع الله تعالى من دفع المال إلا بعد البلوغ وإيناس الرشد. وهذا الشرط مفقود في الصغير والمجنون. وأما السُنة فقوله ﷺ « **رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق** »[4] وظاهره يقتضي أن لا يكون لتصرفهما حكم. وأما الإجماع فظاهر. إذا ثبت هذا فنقول الصغر والجنون يوجب الحجر لما تلونا من الكتاب والسُنة. ولأن المجنون عديم العقل والأهلية. والصغير ناقص العقل والأهلية[5] غير أن أذن الولي إنه[6] أهلية. لأنه يرتقب أهليته ويشعر بها وليه. وأما الرق فلرعاية حقّ المولى كيلا يتعطل منافعه ويستغرق رقبته بالديون غير أن المولى إذا رضي بفوات حقه يسقط حقه.

قال: **ولا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه. ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده. ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال.**

لما بيناه آنفاً.

قال: **ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار. إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه.**

لأن التوقف في العبد بحق المولى فيتخير فيه. وفي الصبي والمجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما فيه. ولا بد من أن يعقلا بالبيع ليوجد ركن التصرف فينعقد موقوفاً على الإجارة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده. وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة. وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً.

---

[1] [illegible] عليهما. تبيين الحقائق ١٩٠/٥.

[2] أ : قال سلمه الله

[3] النساء ٤/٦

[4] أبو داود السنن **"حدود"** ١٧؛ الترمذي السنن **"حدود"** ١؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٢١؛ ابن ماجه السنن **"طلاق"** ١٥.

[5] ف، ق : + عسى

[6] ق : أية

قلت ومعنى قوله يعقل البيع أي يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش. كذا ذكره في الفتاوى الظهيرية. والقصد صحة عزيمته على مباشرته ومباشرة ما يلازمه من التسليم. والتسلم في العوضين حتى يخرج عن حد اللغو والهزل و لم يذكر لفظ القصد في كثير من نسخ الأصل والشروح. وقال الشافعي لا ينفذ تصرف الصبي وإن أذن له الولي. لأنه لو نفذ بيعه بإذنه لنفذ طلاقه كالعبد. قلنا العبد كامل الأهلية. لكن يقف تصرفه لحق المولى كيلا يستغرق رقبته الديون والطلاق يسقط الدين منه لا أن يوجبه فلا تقف على إذنه أصلاً بخلاف الصبي. فإنه يستفيد التصرف بإذن الولي فيما يملكه الولي. والطلاق مما لا يمكله الولي. فلا يملكه الصبي بالإذن. فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر. قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم نجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. [١٩٦/أ] لأن العاقد يملكه ثم ينتقل إلى الآمر.

قال: **وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال. والصبي والمجنون لا يصحّ عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولإعتاقهما. وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه.**

لأنه لا مردّ لوجود أفعالهما لوجودها حساً ومشاهدة فيضمنان أحياءً لحق المالك ولأن ضمان الإتلاف لا تقف على القصد كضمان النائم إذا انقلب على شيء فأتلفه فعدم قصدهما لم يؤثر في إسقاط الضمان. وإنما يؤثر فيما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص. فأما الأقوال فاعتبارها بالشرع والقصد من شرطه. و لم يتحقق منهما. دل عليه قوله ﷺ « **كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه** »[1] ولأن الإعتاق يتمحض مضره. والطلاق لا يقف الصبي على مصلحته بحال لعدم الشهوة. ولا وقوف للمولى على عدم التوافق إن بلغ حد الشهوة. فلهذا لا يتوقفان على إجازته. ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود.

قال: **فأما العبد فأقواله نافذة في حقّ نفسه غير نافذة في حقّ مولاه.**

لقوله تعالى ﴿ **بل الإنسان على نفسه بصيرة** ﴾[2] أي شاهدة. ولأن أهليته يوجب نفاذه في حقّ نفسه دون مولاه رعاية للجانبين.

قال: **فإن أقرّ بمال لزمه بعد الحرية. ولم يلزمه في الحال.**

لأنه لو لزم في الحال للزم في كسبه أو رقبته. وكلاهما للمولى فلا يملك بطال حقه بقوله.

قال: **فإن أقرّ بحدّ أو قصاص لزمه.**

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٢١.

[2] القيامة ١٤/٧٥

وقال زفر لا يلزمه إذا كان محجوراً عليه كالدين. ولنا أنه مبقي على أصل الحرية في حقّ الدم حتى لا يصحّ إقرار المولى عليه بذلك.

قال: **وينفذ طلاقه.**

لما روينا وقررنا.

٩. ١. ١ فصل في بيع السفيه

قال: **وقال أبو حنيفة لا يحجر على السفيه إذا كان بالغاً عاقلاً حراً. وتصرفه جائز في ماله**[١] **وإن كان مبذّراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة إلا أنه قال إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة. وإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه. وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سُلّم إليه مالُه وإن لم يؤنس منه الرشد. وقال أبو يوسف ومحمد.**

وبه الشافعي.

قال: **يحجر على السفيه. ويمنع من التصرف في ماله. فإن باع لم ينفذ بيعه. وإن كان فيه مصلحة أجازة الحاكم. وإن أعتق عبداً نفذ عتقه. وكان على العبد أن يسعى في قيمته. وإن تزوج امرئة جاز نكاحه. وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل. وقالا فيمن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه**[٢] **رشده.**[٣]

أما السفه فوجه أبي حنيفة قوله تعالى ﴿ **يا أيها** [١٩٦/ب] **الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى** ﴾[٤] إلى قوله ﴿ **فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً** ﴾[٥] فأجاز مداينة السفيه. وقيل للنبي ﷺ إن فلاناً لا يشتري شيئاً إلا غبن مثله فأحجر عليه. قال « **لا ولكن اشتر وقل لا خلابة** »[٦] وجه قولهم أن علياً رضي الله عنه قال لعثمان رضي الله عنه أحجر على عبد الله بن جعفر فدل على جواز الحجر في الشرع ولأنه يبذر ماله فيصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له كالصبي بل أولى. لأن الثابت في حقّ الصبي احتمال التبذير وفي حقّ السفيه حقيقة التبذير ومنع المال منه لا يفيد. لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده. وأبو حنيفة يقول في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم. وهو أشد ضرراً من

---

[١] ق : في ماله جائز

[٢] ف، ق : – منه

[٣] ف، ق : الرشد

[٤] البقرة ٢٨٢/٢

[٥] البقرة ٢٨٢/٢

[٦] ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٧٢/٢؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٠٦/٧؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧٣/٥.

التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى إلا إذا كان في الحجر دفع ضرر عام. فإنه يرى الحجر[1] عليه. وهو ثلثه. ط[2]

المفتي الماجن وهو ممن يعلم الحيل الباطلة لإسقاط الزكاة ولترتد المرأة حتى يحرم على زوجها ثم تسلم ونحوها. والمتطبب الجاهل وهو من يسقي المرضى أدوية تهلكهم لجهله. والمكاري المفلس وهو من يقبل الكراء ويؤاجر ولا إبل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به ويعتمده الناس. لأن ضررهم عام فكان الحجر دفع الأعلى بالأدنى ولا كذلك هنا بخلاف الصبي. لأنه عاجز عن النظر لنفسه. والسفيه قادر عليه ومنع المال مفيد. لأن أغلب السفه في الهبات والصدقات بغير أهلها ولا على وجهها. وذلك يقف على اليد. هـ[3] وإذ حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وجوز بيعه أو أطلق عنه جاز. لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء. ولهذا لم يوجد المقضي والمقضي عليه. ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه. فلا بد من إمضائه حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر وغيره فقضى ببطلان تصرفه لم يقبل النقض بعده. ثم عندهما إنما لا يدفع إليه المال أبداً إلا بإيناس الرشد.

قال: **ولا يجوز تصرفه فيه**

لقوله تعالى ﴿ **فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾[4] ولأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة. ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده** ﴾[5] وهذا يقتضي أن لا يجوز تصرف الوصي بعد الأشد. وعن عمر رضي الله عنه بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة. وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف. وأما ما تلوا من الآية فذكر الدفع والإيناس فيها بحرف الفاء فاقتضت شرطيته الإيناس للدفع في الحال. وأبو حنيفة يقول به. وإلا مُنع المال منه التأديب. ولا يتوقع منه التأديب بعد بلوغه سن الإحداد غالباً حتى قال لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه. [١٩٧/أ] ثم لمّا صحّ الحجر عندهما فلو باع لا ينفذ بيعه لفائدة الحجر. وإن كان فيه مصلحة إجارة الحاكم. لأن الحجر نظراً له. فإذا كان النظر في تنفيذه نفذه لوجود ركن التصرف كالصبي. هـ[6] ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً. وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما. والشافعي لا ينفذ. والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر. وما لا فلا. لأن السفيه

---

[1] ق : - الحجر
[2] ط : المحيط
[3] ه : هداية
[4] النساء ٤/٦
[5] الأنعام ١٥٢/٦
[6] ه : هداية

في معنى الهازل باتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله. والإعتاق لا يؤثر فيه الهزل. والأصل عنده أن الحجر بالسفه كالحجر بالرق. فلا ينفذ منه إلا الطلاق ثم لما عتق عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته كإعتاق المريض والراهن المعسر. وعن محمد أنه لا يجب السعاية. لأن وجوبها ثمة لتعلق حقّ الغير. وهو معدوم هنا. ولو دبّر عبده جاز كالإعتاق. ولا يسعى المدبر ما دام مولاه حياً. فإذا مات ولم يؤنس منه الرشد يسعى في قيمته مدبراً. لأنه عتق بموته. وهو دبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير. ولو جاءت جاريته لولد فادعاه ثبت نسبه منه. وكان الولد حراً والجارية أم ولد. فألحق بالمصلح لا بقاء نسله. وإن لم يكن معها ولد كانت بمنزلة أم الولد. لكنه إذا مات سعت في جميع قيمتها. لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الأول. ونظير المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل. وإن تزوج امرأة جاز نكاحها كالإعتاق. لكن يبطل الفضل على مهر المثل عند التسمية لعدم الحاجة إلى الفضل كالمريض مرض الموت. ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لصحة التسمية في مقدار مهر المثل. وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم بواحدة.

قال: **ويخرج الزكاة من مال السفيه.[1] وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب عليه[2] نفقته من ذوي أرحامه.**

لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه. والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقربه. والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يرفع قدر الزكاة إليه ليصرفها السفيه بعين أمينه إلى مصرفها. لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة. وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها لاستغنائها عن النية. وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال. بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم. لأنه مما يجب بفعله. ولو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب بغير فعله.

قال: **فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها.**

لأنه واجب عليه بإيجاب الله تعالى ابتداء [١٩٧/ب] كالزكاة.

قال: **ولا يسلم القاضي النفقة إليه. ولكن[3] يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج**

---

[1] [illegible] الولد. العناية ٢٢١/١٣.

[2] ف، ق : - عليه

[3] أ، ف، ق : - لكن

كيلا يتلفها في غير هذا الوجه. هـ[1] ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف الحج الثاني فصاعداً. ولا يمنع من القران. ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن خلاف ابن عمر رضي الله عنهما.

قال: **فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه.**[2]

لأن نظره فيه. لأنه حال انقطاعه عن أمواله والوصية تخلفه ثناء أو ثواباً.

---

[1] ه : هداية

[2] ف، ق : ثلث ماله



٩. ٢ باب في حد البلوغ

قال: **وبلوغ الغلام باحتلام والإحبال والإنزال.**[١] **فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانية عشر سنة عند أبي حنيفة. وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل. فإن لم يوجد ذلك فحتى يتمّ لها سبع عشرة سنة. وقالا**[٢] **إذا تمّ للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا.**

وهو رواية عن أبي حنيفة. وبه الشافعي. وعنه في الغلام تسع عشرة سنة. وقيل ثماني عشرة سنة. أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة. والحبل والإحبال لا تكون إلا مع الإنزال فجعلا علماً عليه. وكذا لا يكون الحيض إلا في أوان الحبل. وأدنى المدة لذلك في الغلام إثنى عشرة سنة. وفي الجارية تسع سنين. أما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة. ولأن ابن عمر ﵄ أراد أن يخرج إلى الجهاد يوم أحد. وهو ابن عشر سنين. فرده النبي ﵇ ولم يره بلغ فلما أخرج في السنة القابلة يوم الخندق أجازه. ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده** ﴾[٣] قال ابن عباس ﵄ الأشد ثماني عشرة سنة. وتابعه القتبي.[٤] وهذا أقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للتيقن غير أن الإناث نشؤهن. وإدراكهن أسرع فنقصنا سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج. وقال الشافعي إذا أنبت الغلام أو الجارية الشعر القوي الخشن حول ذكر الغلام وفرج الجارية كان بلوغاً في أولاد المشركين. وفي أولاد المسلمين وجهان وما روي فيه من حديث عَطِيّة القُرَظِي ﵁ « **أنه ﵇ أمر**

---

[١] ف : + إذا وطئ

[٢] ف، ق : أبو يوسف ومحمد

مئة. ابن الصلاح طبقات الفقهاء ٢٢٧/١.

أن ينظر إلى إنباتي فلم تكن فخلى سبيلي »[1] فهو مضطرب وروي أنه ﷺ قال « **رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم »**[2]

قال: **وإذا راهق الغلام والجارية وأشكل أمرهما في البلوغ فقال "قد بلغت" فالقول قولهما. وأحكامهما أحكام البالغين.**

والرهوق في الغلام ما بينا أن يبلغ ثنتي عشرة سنة وفي الجارية تسع سنين. وإنما قبل قولهما. لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً. و لم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما تقبل قول المرأة في الحيض.

٩. ١. ٢ فصل في الحجر بسبب الدين

قال: **قال أبو حنيفة [١٩٨/أ] "لا أحجر في الدين إذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه"**

لأن في الحجر إهدار أهليته. فلا يجوز لدفع ضرر خاص.

قال: **وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم. ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه.**

لأن تصرفه نوع حجر وتجارة لا عن تراض فلا يملكه. ولكن يحبسه إحياء لحق الغرماء[3] ودفعاً لظلمة.

قال: **وإن كان له دارهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير أمره.**

بالإجماع. لأنه جنس حقه فجاز للغريم أخذه بغير أمره فلأن يجوز له أخذه بأمره أولى.

قال: **وإن كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضي في دينه.**

وكذا على العكس. والقياس أن لا يجوز إلا برضاه كالعروض. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية حتى يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة باعتبار المعنى ثبت للقاضي ولاية التصرف وباعتبار الصورة لم يثبت للدائن عملاً بالشبهين بخلاف العروض.

---

[1] الترمذي السنن **"سير" ٣٠**؛ ابن ماجه السنن **"حدود" ٤**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ٦٧/٣١**.

[2] أبو داود السنن **"حدود" ١٧**؛ الترمذي السنن **"حدود" ١**؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق" ٢١**؛ ابن ماجه السنن **"طلاق" ١٥**.

[3] أ : – الغرماء

قال: **وقال أبو يوسف ومحمد إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرّ بالغرماء. وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه. وقسمه بين غرمائه بالحصص.**

وبه الشافعي ل« **أن النبي ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه في ماله وباعه** »[1] ولأن في هذا الحجر نظراً للغرماء. لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقّ الغرماء ومعنى قولهما ومنعه من البيع إذا كان بأقل من ثمن المثل. أما البيع بثمن المثل فلا. لأنه لا يبطل حقّ الغرماء. وأما بيع ماله فلأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله إجماعاً. فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة.[2] **شق**[3] أما حديث معاذ رضي الله عنه فهو مرسل ومجهول الرواة. وكيف يظن بالنبي ﷺ حجره على معاذ رضي الله عنه. وهو قاضيه ومربيه في الدين والزهد والعفة والانقياد للحق. وفاقت رتبته[4] رتب أصحابه. والحجر أنما يكون بعد مخالفته أمره. ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه بمثله فكان معنى الخبر حجر ماله برضاه حتى صرفه إلى غرمائه. وأما التلجئة فموهومة. والمستحق قضاء الدين. والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين على أنه لو صحّ البيع كان الحبس إضرار بهما بتأخير حقّ الدائن وبتعذيب المديون فلا يشرع. **ه**[5] ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع رعاية حقّ المديون. ويترك عليه دست[6] من ثياب بدنه. ويباع الباقي. وقيل دستان. لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس.

قال: **وإن أقرّ** [١٩٨/ب] **في حال الحجر بإقرار لذِمه ذلك بعد قضاء الديون.** **شق**[7]

وهذا على قولهما. لأنه معطوف في الكتاب على قولهما. لأنه تعلق بهذا المال حقّ الأولين. فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك. لأنه مشاهد لا مردّ له. ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه. لأن حقهم لم يتعلّق بذلك المال لعدمه وقت الحجر.

قال: **وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه.**

لأن حاجته الأصلية مقدمة على حقّ الغرماء ولأنه حقّ ثابت لغيره فلا يبطله الحجر. ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة الغرماء.

---

[1] الدارقطني السنن ٢٣٠/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٤٨/٦.

[2] أ : + قلنا

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[4] ف : – رتبته

[5] ه : هداية

[6] الدست ما قابل ثياب الزينة.

[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

قال: **فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول "لا مال لي" حبسه الحاكم في كل دين التزمه[1] بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض.**

لأن الأصل في الناس الفقر لما روي « **أن حبّة وسواء ابني خالد أتيا بالنبي ﷺ وقد أغير عليهما فقال[2] لا تَيْأَسا من روح الله** »[3] وروي « **الرزق ما تَهَزْهَزَت[4] رؤسُكما فكل مولود يولد أحمر ليس عليه قشر ثم يرزقه الله تعالى من فضله** »[5] فبين ﷺ أن الفقر أصل. فإذا أداه لم يعلم غناه بحصول مال له أو التزامه كعوض المتلفات وأروش الجنايات والحبس عقوبة لا يستحق إلا بظلم. والظاهر أنه غير ظالم فلا يستحقه. وأما إذا ثبت غناه بحصول مال في يده كالأثمان والقروض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة فلأن أقدامه على التزامه يدل على[6] يساره. لأنه لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه فكان في المنع ظالماً ظاهراً فيحبس.

قال: **وفي كل دين[7] التزمه[8] بعقد كالمهر والكفالة.**

لما بينا. **شق**[9] وروى أنه لا يحبس. لأن هذا العقد لا يملك به شيء فأشبه الجناية. **هـ**[10] والمراد المهر المعجل دون مؤجله. قلت[11] وعلى قياس ما قاله لا يحبس بشيء من المهر بخوارزم خصوصاً في هذا الزمان قبل الفراق. لأن كله مؤجل في عرفهم. وقد استقصينا هذا الكلام في كتاب الزكاة.

قال: **ولا يحبسه فيما سوى ذلك كعوض المغصوب وأرش[12] الجنايات إلا أن يقوم البينة أن له مالاً.**

---

[1] ف، ق : لزمه
[2] ف : + عليه
[3] ابن ماجه السنن "**زهد**" ٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٦٩/٣.
[4] تهزهز الشيء تحرك وإليه القلب ارتاح وهش
[5] ابن ماجه السنن "**زهد**" ١٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٨٦/١٥.
[6] ف : عليه
[7] ف، ق : - وفي كل دين
[8] ف، ق : لزمه
[9] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[10] ه : هداية
[11] أ : قال سلمه الله
[12] أ، ف، ق : أروش

لأنه لم يوجد دليل يساره والفقد أصل لما بيناه فكان القول له. وعلى المدعي إثبات غناه. ه[1] ويروي أن القول لمن عليه في جميع ذلك. ويروي أن القول له إلا فيما بد له مال. وفي النفقة القول للزوج أنه معسر. وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان يؤيدان القولين الأخرين.

قال: **وإذا حبسه القاضي[2] شهرين أو ثلاثة سأل القاضي[3] عن حاله. فإن لم ينكشف له مال خلى سبيله. وكذلك إذا أقام** [١٩٩/أ] **البينة أنه لا مال له.**

لأن الحبس لظهور ظلمه في الحال فيحبسه مدة ليظهر ماله. لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد لحبس فائدته وقدره بما ذكر. شق[4] ولم يذكر هذا على وجه التقدير هو مفوض إلى الحاكم. ه[5] ويروي شهراً وأربعة إلى ستة أشهر. والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه. وكذا إذا أقام البينة على فقره. لأنه استحقّ النظرة إلى الميسرة بالنص. ه[6] شق[7] ولو أقامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية. ولا تقبل في رواية. وعليه عامة المشايخ. ولا يسمع البينة قبل الحبس عندنا في إحدى الروايتين. وفي الأخرى يسمع. وبه الشافعي. والأول أصح. لأنها شهادة على النفي فالقياس أن لا تقبل. وإنما تقبل تقوية لدليل الحبس وتبعاً له. ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته. وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه. والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بحرفية لِيَضجَر قلبُه. فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما لو كانت له جارية. وفيه موضع يمكنه وطئها لا يمنع منه. لأنه قضى إحدى الشهوتين فيتعين بالأخرى.

قال: **ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس. يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر. ويأخذون فضل كسبه. يقسم بينهم بالحصص.**

لقوله ﷺ « **لصاحب الحق اليد واللسان** »[8] أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ولأنه يتوصل بالملازمة إلى استيفاء حقه فكان له ذلك كالحبس. وإنما يقسم الفضل بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة.

---

[1] ه : هداية
[2] ف، ق : - القاضي
[3] ف، ق : - القاضي
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] ه : هداية
[6] ه : هداية
[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[8] الدارقطني السنن ٢٣٢/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٦٦/٤.

قال: **وقالا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه[1] إلا أن يقيموا البينة أن[2] له مالاً.**

وبه الشافعي. لأن القضاء بالإفلاس عندهما صح. فتثبت العسرة فيستحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى ﴿ **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** ﴾[3] وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس. لأن مال[4] الله تعالى غاد ورائح. ولأن وقوف الشهود على الفقر لا يتحقق إلا ظاهراً. والظاهر يصلح للدفع لا لإبطال الحق في الملازمة. وقوله تعالى ﴿ **فنظرة** ﴾[5] تحمله على النظرة في المطالبة. وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار يترجح على بينة الإعسار. لأنها أكثر إثباتاً. وقوله لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور منعه أينما دار ولا يجلسه في موضع. لأنه حبس. ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يحبس على باب داره إلى أن يخرج. لأنه لا بد له من موضع خلوه. ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب. لأنه أبلغ في حصول المقصود إلا إذا علم القاضي بالملازمة ضرراً بيناً بأن يمنعه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه. [١٩٩/ب] ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلزمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية. لكنه يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قال: **ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله. والفسق الأصلي والطارئ سواء.**

وقال الشافعي يحجر عليه زجراً له وعقوبةً عليه كالسفيه. ولنا قوله تعالى ﴿ **فإن آنستم منهم رشداً** ﴾[6] وإصلاح ماله رشد. فيتناوله النكرة[7] المطلقة. ولأنه أهل للولاية لإسلامه حافظ لماله فيلي التصرف فيه. قال ﷺ « **كل الناس أحق بكسبه** »[8] هـ[9] ويحجر القاضي عندهما. والشافعي أيضاً بسبب الغفلة. وهو أن يغبن في التجارات. ولا يصبر عنها نظراً له.

قال: **ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة الغرماء فيه.**

---

[8] الدارقطني السنن ٢٣٥/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣١٩/١٠ بلفظ "كل أحد أحق بماله من والده وولده والناس أجمعين"

[9] ه : هداية

وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ. لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن. فيوجب حق[1] الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع. وصار كالسلم. ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين. وهو غير مستحق بالعقد. فلا يثبت حقّ الفسخ باعتباره. وإنما المستحق وصف في الذمة. وهو الدين. ويقبض العين يتحقق بينهما مبادلة. هذا هو الحقيقة. فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم. لأن الاستبدال ممتنع. فأعطى العين حكم البدل. شق[2] وما روى عن أبي هريرة أنه قال قال رسول الله ﷺ « **إيما رجل أفلس فأدرك الرجل متاعه بعينه فهو أحق به** »[3] فروى عنه أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال « **إذا أفلس الرجل فوجد رجل متاعه فهو بين غُرمائه** »[4]

---

[1] أ : - حق

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] البخاري الصحيح "**استقراض**" ١٣؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٢٢؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٧٤؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٦؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٦؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٩٦.

[4] أبو داود السنن "**بيوع**" ٧٤؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٦.



بسم الله الرحمن الرحيم

١٠ كتاب الإقرار

الإقرار[1] لما كان من أذيال البياعات التي هي من توابع العبادات. ذيل المصنف أبواب العبادات بكتاب الإقرار. وقد ثبت صحته بالكتاب والسُنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى في آية الدين ﴿ **وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً** ﴾[2] أمره بالإقرار. ونهاه عن الكتمان. وهما آيتان على صحة إقراره. وأما السنة فكفى برجم ماعز بإقراره وقصة العسيف[3] أنه ﷺ قال « **واغدُ يا**

[illegible]

حضرها. فتح الباري ١٥٩/١٢.

أُنَيْسُ إلى امرأةِ هذا فإن اعترفَتْ فارجُمْها »[١] حجة ظاهرة على كون الإقرار مُلزماً فيما[٢] يندرئ بالشبهات. فكيف في الأقوال والحقوق التي تثبت مع الشبهات.

قال: **إذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل بحقّ لزمه إقراره به[٣] مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً.**

أما لزوم الإقرار فلما بيناه ولأنه إخبار عن ثبوت الحق. ولا تهمة فيه فيصدق. لكنه حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. وإنما شرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً. فإن إقرار العبد بالمال أنما يصحّ إذا كان مأذوناً. وإقرار غيره يعتبر[٤] بعد حريته. وإقراره بالحدود والقصاص يصح[٥] مطلقاً. لأنه في حقها مبقي على أصل الحرية. ولهذا لا يصحّ إقرار المولى بها عليه. وإنما شرط العقل والبلوغ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم للحديث المعروف [**٢٠٠**/أ] « **رُفع القلمُ عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ** »[٦] ولانعدام أهلية الالتزام[٧] فيهما إلا[٨] إذا كان الصبي مأذوناً. لأنّه ملحق بالبالغ بحكم الإذن وجهالة المقرّ به لا يمنع صحّة الإقرار. لأنّ الحقّ قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف ما لا يدري قدره أو قيمته أو يخرج جراحة لا يعلم أرشها أو يبقي عليه نفيه لا يحيط به علمه. والإقرار إخبار عن حقّ ثابت فيصحّ إخباره كما يصحّ وجوبه بخلاف الجهالة في المقرّ له. لأنّ المجهول لا يصحّ مستحقّاً.

قال: **ويقال له "بيّن المجهول."**

لأنّ التجهيل منه. وكان البيان إليه كمن أعتق أحد عبديه وكمن باع قفيزاً من صبرة عليه تمييزه وبيانه. فإن لم يبيّن أجبره القاضي على البيان. لأنّه لزمه الخروج عما عليه ووجب في ذمته. ولا يمكنه إلا بالبيان فلزمه.

قال: **فإن قال "لفلان عليّ شيء" لزمه أن يبيّن ما له قيمة.**

لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته. وما لا قيمة له لا يجب في الذمة. فإذا بين غير ذلك يكون رجوعاً فلا يقبل.

---

[١] البخاري الصحيح **"وكالة" ١٣**؛ مسلم الصحيح **"حدود" ٢٥**؛ الترمذي السنن **"حدود" ٥**؛ ابن ماجه السنن **"حدود" ٧**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ١١٥/٤**؛ عبد الرزاق

أبو داود السنن **"حدود" ١٧**؛ الترمذي السنن **"حدود" ١**؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق" ٢١**؛ ابن ماجه السنن **"طلاق" ١٥**.

[٧] أهلية الالتزام صلاحية الشخص لأن يوجب على نفسه.

[٨] ف : - إلا

قال: **والقول فيه[1] قوله مع يمينه إن ادّعى المقرّ له أكثر من ذلك.**

لقوله ﷺ « **واليمين على من أنكر** »[2] وكذا إذا قال "الفلان عليّ حقّ" لما بيّنّا. وكذا إذا قال "غصبت منه شيئاً" ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة.[3]

قال: **وإذا قال "له عليّ مال" فالمرجع في[4] بيانه إليه. ويقبل قوله في القليل والكثير.**

لأنه المجمل فإليه التفصيل. والمال ما يتمول به[5] القليل والكثير. لكنّه لا يصدّق في أقلّ من درهم. لأنّه لا يعدّ مالاً عرفاً.

قال: **وإن قال[6] "مال عظيم" لم يصدق في أقلّ من مائتي درهم.**

وعن أبي حنيفة لا يصدّق في أقلّ من عشرة دراهم. لأنها نصاب السرقة والمهر وما يقطع به اليد ويستباح[7] الفرج المحترم عظيم.[8] وعنه مثل جواب الكتاب. لأنّ العظيم عند الناس ما يصير صاحبه به غنياً. وهذا إذا قال "من الدراهم." ولو قال "من الدنانير" فالتقدير فيها بالعشرين. وفي الإبل فخمس وعشرين. شق[9] وفي الأموال الزكوية يصدّق في أقلّ نصاب منه. وفي غيرها يصدّق فيما يبلغ قيمته نصاباً. وإن لم يقل من كذا صدق في أي جنس ذكر على التفصيل الذي ذكر. ولو قال "أموال عظام" فالتقدير[10] بثلاث نُصُب من فنٍّ سماه اعتبار الأدنى الجمع. وعن أبي يوسف يلزمه ستّمائة درهم. وقال الشافعي إذا قال "مال عظيم أو حقير وقليل فالمرجع إلى بيانه. ويقبل فيه ما يقبل في الآخر. وما يقبل في قوله مال. وهذا لا يصحّ. لأنّ فيه إلغاء الصفة. وإنه ممتنع كما إذا قال "دراهم جياداً أو بيضاً أو صحاحاً" ولا يلزم النفيس والخطير

---

[1] أ، ق : – فيه

[2] الدارقطني السنن ٣/١١٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/٢٢٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

العرف هذا

التمانع. فتح القدير ١٩/٢٦٣.

[4] ف، ق : – في

[5] أ : – به ف، ق : + يحتمل

[6] أ، ق : + له عليّ

[7] ق : + به

[8] ف : – عظيم

[9] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[10] ق : + فيه

والكثير.[1] فإنه لا رواية فيها. وقال مشايخنا لا يصدّق أيضاً في أقلّ من مائتين. ولو قال "مال حقير أو قليل أو يسير" فظاهرة يقتضي أن يصدّق في أقلّ من درهم.

قال: **وإن قال "دراهم كثيرة" لم يصدّق في أقلّ من عشرة.**[2]

[٢٠٠/ب] وعندهما لم يصدّق في أقلّ من مائتين. وقال الشافعي ثلاثة دراهم لما مرّ. ولهما أن الفقير لا يسمّى مكثرا. فيراد به الغني. وذلك بالنصاب كما لو قال "عظيم." ولأبي حنيفة أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم[3] الجمع. يقال "عشرة دراهم" والعدد أيضاً. وما رواها مكرّر فيكون هو الأكثر لفظاً. فيصرف إليه. والفرق بين هذا وبين قوله "مال عظيم" واضح. لأنّ الدراهم اسم للعدد. وجعل الكثرة وصفاً لها. فتكون بزيادة العدد إلى أن ينتهي نهايتها. وقوله "عظيم" لا يتضمّن عدداً فيحمل على المستعظم عرفاً وشرعاً. وهو ما يحصل الغناء.

قال: **وإن قال "دراهم" فهي ثلاثة إلا أن يبيّن أكثر منها.**

لأنه أدنى الجمع الصحيح فلزمه. ويحتمل الزيادة فيلزمه إذا التزمه بالبيان. وينصرف إلى الوزن المعتاد.

قال: **وإذا قال "كذا كذا درهماً" لم يصدق في أقلّ من أحد عشر درهماً.**

لأن كذا عبارة عن عدد. فإذا قال "كذا كذا" فهو عدد رتّبه على عدد من غير واو العطف. وفسّره بالتمييز المنصوب. وأقلّ ذلك أحد عشر. وأكثره تسعة عشر فحمل على المتيقّن.

قال: **وإذا قال "كذا وكذا درهماً" لم يصدق في أقلّ من أحد وعشرين درهماً.**

لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف. وأقلّ ذلك أحد وعشرون. وأكثره تسعة وتسعون. فيحمل على المتيقّن. ولو قال "كذا درهماً" فهو درهم. لأنّه تفسير المبهم. ولو ثلّث كذا بغير واو فأحد عشر. لأنّه لا نظير له سواه. وإن ثلّث بالواو فمائة واحد وعشرون. وإن ربّع بواو يزاد عليها ألف. لأنّ ذلك نظيره. قلت[4] وفي قوله "كذا درهماً" يجب درهم إشكال. لأنّ كذا درهماً عدد مبهم مفسر بنكرة منصوبة. وأقلّ ذلك عشرون درهماً. وأكثره تسعون درهماً. فينبغي أن يحمل على المتيقّن منها. وذلك عشرون درهماً. وفي قوله ولو ثلّث كذا بغير واو فأحد عشر فيه نظر. فإنه إن ذكر المميّز منصوباً فهو كما أشار إليه أنه لا نظير سواه. وإن ذكر المميّز مجروراً فله نظير. وأقله ثلاثمائة ألف درهم فينبغي أن يجب عليه

---

[1] أ، ق : والكبير
[2] أ، ف : + دراهم
[3] أ : – اسم
[4] أ : قال سلمه الله

ذلك. لكن الظاهر أنه أراد به المميّز المنصوب. **ط**[1] ولو قال "عليّ كذا درهماً" فعليه درهمان. **ص**[2] **قد**[3] يعد جنس هذه المسائل. وكذا هذا في الدنانير والكيلي والوزني. **ط**[4] هشام عن محمد لو قال "كذا كذا" أو قال "كذا وكذا درهماً" فهما عندي سواء. ويلزمه أحد عشر. ولو قال "كذا كذا درهماً وكذا كذا ديناراً" فعليه أحد عشر من كلّ واحد منهما. ولو قال "كذا كذا درهماً أو كذا كذا ديناراً" فعليه النصف من كلّ واحد منهما. ولو قال "ألوف دراهم" فثلاثة ألاف. ولو قال "ألوف كثيرة" فعشرة آلاف. وعن محمد لو قال "مال قليل" لزمه درهم. ولو قال "لا قليل ولا كثير" فما يتبادرهم. ولو قال "له عليّ زهاء[5] ألف درهم أو جلّه أو عظمه أو قريب من ألف درهم" فهذا كله إقرار بخمسمائة وزيادة شيء.[6] وكذا هذا في الغصب والوديعة. [٢٠١/أ] وكذا هذا في الكيلي والوزني والثياب. ولو قال "له عليّ دراهم مضاعفة" فستة دراهم. ولو قال "أضعافاً مضاعفة" أو قال "مضاعفة أضعافاً" فثمانية عشر. ولو قال "عليّ عشر دراهم وأضعافها مضاعفة" فثمانون. **شق**[7]

قال أصحابنا إذا أقرّ بقدر من الدراهم لزمه وزن بلده والغالب إن كثر كالنقد. فإذا أقرّ بالعراق لزمه بوزن سبعة. معناه أن كلّ عشرة منها سبعة مثاقيل. وهو الوزن الشرعي الذي يتعلّق به الأحكام. وأصله أن الدراهم كانت مختلفة في زمن عمر ﵁. فمنها ما وزنه عشرون قيراطاً. ومنها اثنى عشر. ومنها عشرة. وكانت البيعة تتنازع بسبب اختلافها فاستشار عمر ﵁ الصحابة فيه فجمع بإشارتهم من كلّ جنس درهماً فصار اثنان وأربعون قيراطاً فجعلها ثلاثة دراهم متساوية كلّ درهم أربعة عشر قيراطاً فاستقرّ على ذلك. فمن أقرّ في هذه البلاد لزمه هذا الوزن. ولا يصدّق في النقصان. وإن أقرّ في بلد ينقص وزنه منه لزمه بذلك الوزن. ولو اختلفت الأوزان فيها فعلى الأغلب. وإلا فعلى الأقلّ. لأنّه متيقّن. ولو قال "عليّ دراهم وزنه[8] خمسة" إن وصل صدق وإلا فلا كالاستثناء. ولو قال "ببغداد دراهم طَبَرِيّة أو كر حنطة

---

[1] ط : المحيط

[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

أكثره. طلبة الطلبة

شيء. الفتاوى الهندية ١٧٤/٤.

[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[8] أ : وزن

موصلي" انصرف إلى وزن بغداد وكيله لكن بتلك الصفة. لأنّ هذا بيان الصفة. قلت[1] فعلى هذا لو قال "بخوارزم عليّ عشرون ديناراً بخارية أو خراسانية أو جندية" لزمته بوزن خوارزم لكن بنقد تلك المواضع. **شق**[2] ولو قال "عليّ دريهم أو دنينير فعليه درهم تام ودينار تام." لأنّه يصفه بحجمه.

قال: **وإذا قال "له عليّ[3] كذا" فقد أقرّ بدين. وإن قال "عندي" أو "قبلي"[4] فهذا إقرار بأمانة في يده.**

لأن عليّ كلمة الإيجاب قال الله تعالى ﴿ **ولله على الناس حج البيت** ﴾[5] وقال تعالى ﴿ **وليملل الذي عليه الحقّ** ﴾[6] فيجب عليه فيثبت في ذمته. وأما عندي فيقتضي كون الحقّ في يده دون ذمّته فتكون أمانة. لأنّه يحتمل أن يكون في يده مضمونة. ويحتمل الأمانة. والأمانة أقلهما فيثبت. وكذا قوله معي أو في بيتي أو في كيسي أو في يدي. وأما قبلي **شق**[7] ذكر الشيخ أبو الحسن أنه يقتضي الضمان. لأنّه من ألفاظ الضمان. لأنّ القبالة والكفالة[8] واحد. وذكر محمد في الأصل لو قال "لا حقّ لي عليه" برئ من الدين. ولو قال "لا حقّ لي عنده" برئ من الأمانة. ولو قال "لا حقّ لي قبله" برئ مما عليه ومما عنده لازماً عليه قبله وما عنده قبله. فجعل محمد هذا اللفظ محتملاً لهما. فعلى هذا يكون وجه جواب الكتاب أنه لما احتملهما. والأمانة أقلهما فيثبت. **ه**[9] ولو قال "عليّ أو قبلي" فقد أقرّ بالدين. ولو قال المقرّ "هو وديعة في قبلي ووصل" صدق. لأنّه محتملة[10] مجازاً. لأنّه مضمون الحفظ. فيصدق موصولاً [٢٠١/ب] لا مفصولاً. ثم قال صاحب **ه**[11] وفي نسخ المختصر في قوله "قبلي" أنه إقرار بالأمانة. لأنّ اللفظ ينتظمها بدليل مسألة الإبراء. والأول أصح. **ط**[12] قال "له[13] عليّ حق" وقال "عنيت به الإسلام" يصدق موصولاً لا مفصولاً. ولو قال "له على عبدي فلان حق" فهو إقرار بالدين على عبده لا شركة. ولو قال "في عبدي" فهو شركة لا دين. ولو قال "له حقّ في عبدي هذا أو أمتي هذه" فادعاه الطالب في الأمة وحلفه فحلف برئ عن إقراره بالعبد. ولو

---

[1] أ : قال سلمه الله
[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[3] ف : + أو قبلي
[4] أ، ق : معي
[5] آل عمران ٩٧/٣
[6] البقرة ٢٨٢/٢
[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[8] ف : الكفالة والقبالة
[9] ه : هداية
[10] ق : لا يحتمل
[11] ه : هداية
[12] ط : المحيط
[13] ف : – له

ادعاهما أو أحدهما يجبر على البيان. ولا يبطل إقراره أقرّ بحق في دار في يده ثمّ فسره بجذع أو باب مركب أو بعض البناء من غير أرض لم يصدق. وكذا لو قال "له حقّ في هذا البستان" وفسره بثمرة أو نخلة بغير أرض. ولو فسره بنخلة بأصلها صدق. ولو فسر حقّ الأرض بالإجارة صدق. ولو فسر الحقّ في الدار بالسكنى لا يصدق. ولو قال "له فيه شركة" أو قال "هو شريكي فيه" فهو بينهما نصفان. ولو قال "لهما فيه شركة" قسم أثلاثاً.

قال: **وإذا قال "له رجل لي عليك ألف درهم" فقال "اتزنها أو انتقدها أو أجّلني بها أو قد قضيتكها" فهو إقرار بها.**

لأن الهاء في الأوّل والثاني كناية عن المذكور في الدعوى. وكأنه قال "اتّزن الألف التي لك عليّ" حتّى لو لم يذكر الكناية وقال "اتّزن أو انتقد" فليس بإقرار. والتأجيل إنّما يكون في الحقوق الواجبة. والقضاء يتلو الوجوب. ه[1] ودعوى الإبراء أو الصدقة والهبة كالقضاء. لأنها تعتمد سابقة الوجوب. وكذا لو قال "أجلتك بها على فلان." شذ[2] فإن قال "انتقدها أو اتزنها" على سبيل الاستهزاء وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء. أما إذا ادّعى "أنه قاله مستهزئاً" لم يقبل منه كمن طلق امرأته ثمّ قال "عنيت طلاقاً من وثاق." ط[3] "أعطني الألف الدرهم التي لي عليك" فقال "نعم" أو قال "غداً أعطيتكها" أو قال "سأعطيكها" فهذا كله إقرار. وقوله "اقعد فاتزنها أو اقبضها أو اقبضها غداً" إقرار. وبدون الكناية لا. وقوله "أبرأني أو سوف تأخذها أو اتزنها إن شاء الله تعالى" فإقرار. وقوله أخبر الأمير وبكير لا. ولو قال "لي عليك ألف درهم" فقال مجيباً "ولي عليك مثلها" فإقرار عند محمد خلاف أبي يوسف. ولو قال المجيب "لي عليك ألف درهم" بدون الواو لا اتفاقاً. وعلى الخلاف "لي عليك مثلها" أو قال "عليك أيضاً مثلها" أو قال "أعتقت غلامك" فقال "وأنت أعتقت أيضاً غلامك" أو قال له "قتلت فلاناً" فقال "وأنت قتلت أيضاً فلاناً" وبدون الواو فيهما ليس بإقرار اتفاقاً. قال في الجواب بالفارسية "مرازتو جندين مي بايد" فمختلف. ولو قال "مرانيزازتو جندين مي بايد" فليس بإقرار. ولو قيل له "لم قتلت فلاناً" فقال "كذا كان مكتوباً في اللوح" أو قال "قتلت عدوي" فإقرار والدية في ماله إن لم يقر بالعمد. قال له "لي عليك كر" فقال "أرسل غداً من يكتاله" أو قال "يتزنه" أو قال "أرسل [٢٠٢/أ] من يقبضه أو يأخذه مني" أو قال "ليست عندي اليوم" أو

---

[1] ه : هداية
[2] شذ : شرح أبي ذر

... عليه. الفتاوى الهندية ١٦٠/٤.

قال "حتى يأتي مالي" أو قال "حتى يأتيني غلامي" أو قال "لا أعطيكما اليوم" أو قال "أحيلك بها أو أبرئني أو هبها لي أو أوفيتكها" أو قال "سوكند خركه اين مكني بتورسانيده أم" أو قال "بي رسيده است" أو قال "قد أخذت منها شيئاً" أو قال "كم وزنها" فهذا كله إقرار.[1] لو ادّعى عليه عشرة قال "من أزين جمله ينح درهم دادني است" أو قال "ينح درهم باقي است" فإقرار بالعشرة قال "له لي عليك ألف درهم" فقال "أما خمسمائة منها" فلا أو قال "فلا أعرفها" فإقرار بخمسمائة. ولو لم يقل منها فليس بإقرار. ولو قال "قبضت من مالي" كذا بغير حقّ فقال "ما قبضت بغير حق" ليس بإقرار بالقبض. ولو قال "أعطيتك كذا دراهم" فقال "بأي سبب أعطيتني" فهو إقرار بالدفع. ولو قال الورثة في دعوى الدين على الميت "ليس في أيدينا شيء" فليس بإقرار على التركة. ولو قال "له أقرضتك ألفاً" فقال "ما استقرضت من أحد سواك" أو قال "بعدك أو معك" فليس بإقرار. ولو قال مبتدئاً "استقرضت منك ألفاً" فإقرار. وهكذا ذكر الزندويستي وظهير الدين أيضاً في شرح الأقضية. وقال **شس**[2] في تعليل المسألة الأولى معنى قوله "ما استقرضت من أحد سواك استقرضت منك دون غيرك." ولو صرح وقال "استقرضت منك" لا يكون إقراراً. وكذا هذا بخلاف قوله "قرضني" فإنه إقرار. وإنه من أعجب المسائل. إن الإقرار بفعل الغير يوجب المال عليه. ويفعل نفسه لا. وهذا يوافق ما ذكره القدوري أن من حلف لا يستقرض فسأل القرض و لم يقرض بحنث. ولو حلف لا يقرض فلاناً فأقرضه فلم تقبل لا يحنث فالقرض يتوقف على القبول. والاستقراض لا يتوقف على الإقراض. ولو قال "له غصبتني مائة درهم" فقال "لم أغصبك إلا هذه المائة أو سوى أو غير" أو قال لا أغصبك بعد هذه المائة" أو قال "معك أو قبلها شيئاً" فكله إقرار بغصب المائة. ولو قال "ما لك عليّ أكثر من مائة درهم ولا أقلّ" فمختلف. ولو قال "لك عليّ ألف درهم فيما أعلم أو في علمي أو فيما علمت" لا يصحّ عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. لأنّه إقرار معلق بالشرط فبطل. ولو قال ذلك في الشهادة بطلت عندهم. وقيل صحّ الإقرار عندهم. ولو قال "فيما أظن أو أحسب" كان باطلاً. وكذا "فيما رأينا وأرى أو في شهادة فلان أو في علمه أو في قوله أو بقوله أو بحسابه أو في كتابه أو بكتابه" فباطل. ولو قال "بشهادة فلان أو يعلم فلان" صح. وكذا بصكّ فلان أو بصكي أو في صكي أو بكتاب أو في كتاب أو في حساب

---

[1] ... ديكرهست ... بالعشرة. الفتاوى الهندية ١٦٠/٤.

[2] شس : شرح السرخسي

أو من حساب أو بحساب [**٢٠٢**/ب] أو من شركة فلان" بخلاف ما لو قال "بكتاب فلان أو قضائه أو فتياه."

قال: **ومن أقرّ بدين مؤجل فصدّقه المقرّ له في الدين وكذبه في الأجل لزمه الدين حالاً**.

لأنه أقرّ على نفسه بماله. وادعى حقّاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود. لأنّه صفة فيه. والأجل حقّ يثبت على الدائن لا وصف له.

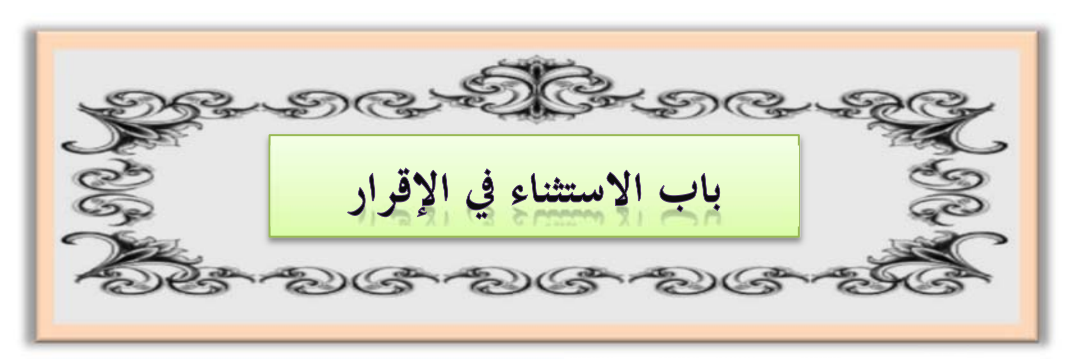
قال: **ويستحلف المقرّ له على[1] الأجل**.

لأنه ينكر حقّاً عليه. « **واليمين على من أنكر** »[2] وقال الشافعي القول قول المقرّ في الأجل. لأنّه أقرّ بدين موصوف فيلزمه بتلك الصفة كمن أقرّ بكفالة دين مؤجل يلزمه مؤجلاً. قلنا موجب الكفالة التزام المطالبة دون أصل الدين. ولهذا لو أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل. وكذا لا يرتد إبراؤه بالرد وبرد الأصيل. فإذا أقرّ بكفالة دين مؤجل فما التزم إلا مطالبة مؤجلة فكان القول قوله.

---

[1] أ : في

[2] الدارقطني السنن **٣/١١٠**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٧/٢٢٨**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ٤/١٢٦**.



١٠. ١ باب الاستثناء في الإقرار

قال: **ومن أقرّ واستثنى متصلاً بإقراره صحّ الاستثناء ولزمه الباقي.**

لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي. قال تعالى ﴿ **فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين** ﴾[١] على ما معناه تسع مائة وخمسين. ولو لم يكن تكلما بالباقي للزم الخلف أو البدأ في كلامه[٢] تعالى وهما محالان. وإذا كان عبارة عن الباقي فقد أقرّ بالباقي فلزمه. ولكن لا بدّ من الاتّصال. لأنّه إذا قطعه أو سكت تمّ الكلام واستقر حكمه. فلا يتغير بعده كالشرط.

قال: **وسواء استثنى الأقلّ أو الأكثر.**

لشمول فائدته. وقال تعالى ﴿ **قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه** ﴾[٣] وهذا استثناء الأكثر.

قال: **فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء.**

لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا. ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً فلا يصحّ.

قال: **ولو قال "له عليّ مائة درهم إلا ديناراً أو[٤] قفيز حنطة" لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز ولو قال "له على مائة درهم إلا ثوباً" لم يصحّ الاستثناء.**

وقال محمد لا يصحّ فيهما. وقال الشافعي يصحّ فيهما. لأنهما اتحدا من حيث المالية. ولمحمد أن الاستثناء وضع ليخرج من الكلام ما لولاه لدخل. وهذا لا يتحقّق في خلاف الجنس. ولهما أن المجانسة ثابتة في الأوّل من حيث الثمنية. ولهذا أثبت ديناً في الذمة بمطلق عقد المعاوضة. أما الثوب فليس بثمن

---

١ العنكبوت ١٤/٢٩

٢ ق : كلام الله

٣ المزمل ٢/٧٣-٤

٤ ق : + إلا

أصلاً. ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة. وما صلح ثمناً صلح مقدّراً للدراهم فصار بقدره مستثناً من الدراهم وغير الثمن لا يصلح مقدّراً فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولاً فلا يصحّ.

قال: **وإن قال "له عليّ مائة ودرهم" فالمائة دراهم. وإن قال "مائة وثوب"[1] لزمه ثوب واحد. والمرجع في تفسير المائة إليه.**

[٢٠٣/أ] وهو القياس في الأول. وبه الشافعي. لأنّ المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها لا تفسير لها. فبقيت مُبهمة كالفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدراهم في كلّ عدد فاكتفوا بذكره عقيب العددين. وهذا فيما يكثر استعماله. وذلك عند كثرة الوجوب في الذمة بكثرة أسبابه. وذلك في الدراهم والمكيل والموزون. أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة. ولأن واو العطف يقتضي المشاركة بينهما. والمعطوف عليه واجب في الذمة. والمعطوف مما يجب في الذمة فكان تفسيراً له تحقيقاً للمشاركة بخلاف ذوات القيم. **شق**[2] **ه**[3] وكذا إذا قال "مائة وثوبان" لما بيّنّا بخلاف ما إذا قال "مائة وثلاثة أثواب." لأنّه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً. لأنّ الأثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلّها ثيباً. **شق**[4] ولو قال "مائة ونيف" يصدق في أقلّ من درهم وأكثر. لأنّه عبارة عن مطلق الزيادة. ولو قال "بضع وخمسون" فالبضع ثلاثة فصاعداً إلى تسعة. ولو قال "عشرة دراهم ودانق أو قيراط" فهما من الدراهم. لأنّه جزء منه كأنه قال "عشرة وسدس." قلت وفي عرفنا يلزمه عشرة ودينار وسدس.

قال: **ومن أقرّ بحق وقال "إن شاء الله" متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار.**

لقوله ﷺ « **من استثنى فله ثُنَياه** »[5] وقال ﷺ « **من حلف بطلاق أو عتاق وقال "إن شاء الله" فلا حنث عليه** »[6] **ك**[7] ثمّ عند أبي يوسف إن شاء الله شرط. وعند محمد يرفع الكلام حتّى لو دخل على جملتين بأن قال "أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت زيداً إن شاء الله."[8] فعند أبي

---

[1] ق : + واحد
[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[3] ه : هداية
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] أبو داود السنن "**أيمان**" ٩؛ الترمذي السنن "**نذور**" ٧؛ ابن ماجه السنن "**كفارة**" ٦؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٩٠/٦.
[6] أبو داود السنن "**أيمان**" ١١؛ الترمذي السنن "**نذور**" ٧؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان**"؛ ابن ماجه السنن "**كفارات**" ٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٢/٣.
[7] ك : الكفاية للبيهقي
[8] ف، ق : + فقد

يوسف يرجع إلى الثانية كالشرط اعتباراً بكلمة إن. وعند محمد[1] إليهما. لأنّه[2] يدخل على ما لا يتعلّق بالشرط أيضاً. ومن الناس من قال يرفع الطلاق لا العتاق. وقال مالك لا يرفع شيئاً. ط[3] "له عليّ ألف درهم إن شاء الله." قال أبو حنيفة إقراره باطل. وهذا استحسان. والقياس أن يصحّ ويبطل الاستثناء. ولو قال "إن شاء فلان" فالإقرار باطل. ولو قال "على مائة درهم إن مت، إن جاء رأس الشهر، إن جاء الأضحى إذا أفطر الناس" صحّ الإقرار. والقياس أن يبطل. لأنّه إقرار معلق بالشرط. لكنّه ترك القياس في هذه الفصول. لأنها في عرف الناس إخبار عن محلّ الأجل. والأجل تحل بالموت ورأس الشهر والفطر والأضحى من أجال الناس فترك حقيقة الكلام للعرف. وكان إقراراً بدين مؤجل. وهو صحيح. لكنّه لا يصدق المقرّ في الأجل. فالحاصل أن ما يصلح لحلول الأجل. وهو من آجال الناس. فذكره لا يمنع صحّة الإقرار. وإلا [٢٠٣/ب] فيمنع كقوله "له عليّ ألف درهم إن كلمت فلاناً، إن دخلت الدار، إن مطرت السماء، إن هبت الريح." ولو قال "له عليّ ألف درهم إن حمل متاعي إلى البصرة" وهو حاضر يسمع كان جائزاً. م[4] "لك عليّ ألف درهم إذا قدم فلان" والطالب يدّعي "أن له على[5] القادم ألف وهو كفيل لي بما عليه" إذا قدم فهو جائز. ولو قال "له عليّ ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف أو متى يحلف أو حين أو مع يمينه" فحلف فلان على ذلك وجحد المقرّ المال لا يؤاخذ به. وكذا لو قال "إن حلف فأنت برئ من هذا الدين أو إذا أو متى." ولو قال "غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله تعالى" صحّ الاستثناء. وبطل الإقرار عند محمد. وقال أبو يوسف صحّ الإقرار. وبطل الاستثناء.

قال: **ومن أقرّ وشرط الخيار لزمه الإقرار وبطل الخيار.**

لأن الخيار شرط الفسخ والإقرار لا يصحّ فسخه.

قال: **ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء.**

لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنىً لا لفظاً. والاستثناء تصرف في الملفوظ. والفص في الخاتم والنخل في البستان بغير أصولها وحلية السيف وحمائله والبطانة في الثوب نظير البناء لدخولها في الإقرار تبعاً. وقيل البطانة لو كانت مثل الظهارة في النفاسة لا يدخل تبعاً. ولا يدخل الولد في إقراره بالجارية بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك المطلق لثبوته من الأصل.

قال: **ولو قال "بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان" فهو كما قال.**

---

[1] ق : + يدخل
[2] ق : – إليهما. لأنّه
[3] ط : المحيط
[4] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[5] أ : + فلان

لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء. كأنه قال "بياض هذه الأرض لي" ط[1] ولو قال "بناؤها والأرض لفلان" فالبناء للمقرّ له أيضاً. لأنّ الإقرار بالأرض إقرار بالبناء. وفيه خمس مسائل. أحدها هذه. والثانية قال "أرضها لي وبناؤها لفلان" فالأرض له والبناء لفلان. والثالثة قال "أرضها لفلان وبناؤها لي" فهما لفلان. لأنّه أقرّ له بهما ثمّ ادّعى بعضه. والرابعة "أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر" فهما للأول. والخامسة "بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر" فهو كما قال. ط[2] م[3] أقر بالخاتم إلا فضة وبالسيف إلا حمائله أو حليته وبالثوب إلا بطانته والمقر له يدّعي الكلّ فالقول للمقر. ويسلم أصولها إن لم يكن في نزع الاتباع ضرر. وإلا فيدفع قيمتها إن أحب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. ولو قال "هذه الدار لفلان إلا بيتاً منها أو إلا ثلثها أو ربعها وإلا تسعة أعشارها" صحّ الاستثناء والإقرار. وعن أبي يوسف ومالك والفراء لا يصحّ الاستثناء في الأخير. ولو قال "هذه الدار لفلان وهذا البيت لي" فهما للمقرّ له.

قال: **ومن أقرّ بتمر في قوصرة[4] لذمه التمر والقوصرة.** ه[5]

وفسره في الأصل بقوله "غصبت تمراً في قوصرة." لأنّ القوصرة ظرف له وغصب [٢٠٤/أ] الشيء وهو مظروف. لا يتحقّق بدون الظرف فلزماه. وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف. م[6] إذا قال "أعطيت من قوصرة." لأنّ كلمة من للانتزاع فيكون إقرار بغصب المتروع.

قال: **ومن أقرّ بدابّة في إصطبل لزمته الدابّة خاصة.**

لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ه[7] وعلى قياس قول محمد يضمنها. شق[8] وعند محمد يضمنها. ومثله الطعام في البيت. ط[9] ولو قال "هذا الكيس لفلان" فهو له بما فيه من الدراهم. فلو قال "عينت به الخرقة" لم يصدق. وكذا هذه القوصرة لفلان وفيه تمراً. وهذا الدّنّ لفلان وفيه خلّ.[10] ولو قال "هذا الجراب لفلان" وفيه متاع أو دقيق أو هذا الجوالق وفيه حنطة. وقال "عنيت به نفس الجراب والجوالق" صدق. وهذا بالعرف. ولو نظر إلى زق سمن فقال "هذا الزق لفلان" فهو على

---

[1] ط : المحيط
[2] ط : المحيط
[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[4] القوصرة بالتثقيل والتخفيف وعاء التمر يتخذ من قصب. البحر الرائق ١٤/٨٢.
[5] ه : هداية
[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[7] ه : هداية
[8] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

صدق. الفتاوى الهندية ٤/١٦٥.

الظرف نفسه. ولو قال "تبن[1] هذه الحنطة لفلان" فالتبن له. ولو قال "حنطة هذ السنبل لفلان" فله الحنطة والسنبل. فالسنبل تبع الحنطة كالبناء للدار. ولو قال "ظهارة هذا البقاء لفلان" فالبقاء كله لفلان بخلاف البطانة. م[2] عن محمد هذه الرواية لفلان. وفيها ما كان للمقرّ له. و لم يكن له الراوية. لأنّ الماء ليس من الراوية. قلت وهذا مشكل بتعليله. ولو قال "هذه الحنطة من زرع فلان، هذا التمر من نخل فلان، هذا الطعام من أرض فلان" فإقرار. وقوله "هذا الدقيق من طحين فلان" فليس بإقرار. وعن أبي يوسف "هذا الصوف من غنم فلان أو هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن التي في يدي" فإقرار. وكذا أولاد الحيوان كله ما خلا الرقيق استحساناً. وعن محمد في التمر من نخل فلان واللبن من غنمه كذلك. ولو قال "هذا الجبن من شاة فلان" هذا الثوب من قطن فلان" فليس بإقرار.

قال: **وإن قال "غصبت ثوباً في منديل" لزماه جميعاً.**

لأن المنديل ظرف يلف الثوب فيه.

قال: **وإن قال "له عليّ ثوب في ثوب" لزماه.**

لأنه ظرف فأقر بعضه فيه. ولا يمكن غصبه فيه إلا بغصبهما بخلاف قوله "درهم في درهم." لأنّه ضرب لا ظرف.

قال: **وإن قال "ثوب في عشرة أثواب" لم يلزمه عند أبي يوسف إلا ثوب واحد وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوباً.**

لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف. ولأبي يوسف أن العشرة لا يكون ظرفاً للواحدة عادة. ولأن في تستعمل للوسط أيضاً. قال تعالى ﴿ **فادخلي في عبادي** ﴾[3] أي بينهم فوقع الشك. فلا يحمل على الظرف بالشك. وقال الشافعي لا يلزمه الظرف في هذه المسائل كلّها كدابة في إصطبل. والفرق ما بينا. ط[4] ولو قال "غصبت مائة من حنطة على حماراً أو سرجاً أو لجاماً عليه" لم يدخل الحمار [٢٠٤/ب] في الإقرار. ولو قال "غصبته حماراً" عليه سرج أو بسرج مسرجاً لزمه السرج. قلت وقد اشتبه على أن مراده في هذه المسائل كلها. إن المظروف معين مشار إليه أم يستوي فيه المعيّن والمنكر في ذلك إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله. ومنه أنه يستوي فيه المعيّن والمنكر. ويرجع في بيان

---

[1] ق : – تبن

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[3] الفجر ٢٩/٨٩

[4] ط : المحيط

المنكر إليه. وهو ما قال في ط[1] ولو قال "غصبتك ثوباً في منديل" فهو إقرار بغصب الثوب والمنديل. ويرجع في البيان فيهما إليه. وكذا عشرة أثواب في عيبة لزمته مع العيبة.[2] ويرجع في البيان إليه. ولو قال "درهماً في درهم أو درهماً في طعام" لم يلزمه إلا درهم. والأصل في هذه المسائل إن في متى دخلت علي ما يصلح ظرفاً. ويجعل ظرفاً عادة اقتضى غصبهما. وإلا فغصب الأوّل دون غيره.

قال: **ومن أقرّ بغصب ثوب وجاء بثوب معيب فالقول قوله فيه مع يمينه وكذلك لو أقرّ بدراهم وقال هي زيوف**

أو قال أودعنيها وهي زيوف ومعيب. لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فتقبل قوله فيه وصل أم فصل. وعن أبي يوسف إن فصل لا يصدق في الغصب دون الوديعة.

قال: **وإن قال "له عليّ خمسة في خمسة" يريد الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة.**

وقال زفر والحسن يلزمه خمسة وعشرون. لأنّ حاصله هذا. ولنا الضرب يكثر الأجزاء لا المال خصوصاً فيما لا مساحة فيه فيلزمه خمسة كلّ واحدة منها مجزاة خمسة أجزاء فلا يلزمه الزيادة.

قال: **وإن قال "أردت خمسة مع خمسة" لزمته عشرة.**

لأن في تستعمل بمعنى مع فنوي ما يحتمله لفظه فصح.

قال: **وإذا قال "له عليّ من درهم إلى عشرة" لزمته تسعة عند أبي حنيفة يلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية. وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه العشرة كلها.**

وقال زفر يلزمه ثمانية. لأنّ الغاية لا تدخل في المغيا كما لو قال "بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط" لا يدخل الغايتان. ولهما أن الغايتين يدخلان في الإباحة كما لو قال "خذ من دراهمي من درهم إلى مائة" فهو إباحة لأخذ المالية. فكذا في الإقرار. ولأبي حنيفة أن الأصل أن لا يدخل الغاية. لكنّه دخلت الأولى لضرورة بناء العدد عليه. ولا ضرورة في الثانية فلا يدخل.

قال: **وإذا قال "له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه" فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّ له "إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك." وإن قال "من ثمن عبد" ولم يعيّنه لزمه الألف في قوله أبي حنيفة.**

---

[2] المجاز. تبيين الحقائق ٣٥٨/١٣.

هكذا ذكر في أكثر النسخ. وفي شق[1] هـ[2] وإن قال "من ثمن عبد لم أقبضه" وهما سواء [٢٠٥/أ] في الحكم لزمه الألف عنده وصل أم فصل. وقال أبو يوسف ومحمد إن وصل صدق في أنه لم يقبضه. وإن فصل لا. وبه الشافعي. لأنّه أقرّ بمال من جهة البيع. والأصل في المبيع عدم القبض فالقول له كما لو عين العبد. لكن آخر الكلام يغيّر[3] أوله. والمغير يصحّ موصولاً لا مفصولاً كالشرط والاستثناء. ولأبي حنيفة أنه أقرّ بوجوب الألف عليه نظراً إلى كلمة علي. وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب. وكان رجوعاً فلا يصدق في الحالين. وإنما قلنا[4] إضافته إلى غير المعين ينافي الوجوب. لأنّ الجهالة إن كانت مقارنة لا يجب الثمن لفساده. وإن كانت طارية بأن اشترى عبداً ثمّ نسياه عند الاختلاط فسد البيع. فيمتنع وجوب الثمن بخلاف ما إذا عينه. لأنّه إضافة إلى جهة يجوز ثبوته منهما فلم يكن رجوعاً. هـ[5] المسألة الأولى على ثلاثة أوجه. أحدها أن يصدقه المقرّ له فيه. ويسلم العبد فيأخذ الألف. لأنّ[6] الثابت بتصادقهما كالثابت.[7] والثاني أن يقول العبد "عبدك ما بعتكه ولكن بعتك عبداً غير هذا" لزمه لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم. والثالث أن يقول العبد "عبدي ما بعتكه." وحكمه أن لا يلزم المقرّ شيء. لأنّه ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه. ولو قال "مع ذلك إنّما بعتك غيره" يتحالفان. لأنّ المقرّ يدّعي تسليم من عينه وهو ينكر. وهو يدّعي بيع غيره والمقر ينكر. وإذا تحالفا بطل المال. هـ[8]ولو قال "ابتعت منه بيعاً إلا أني لم أقبضه" فالقول قوله بالإجماع. لأنّه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن.

قال: **ولو قال "له عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير" لزمه الألف ولم تقبل تفسيره.**

وصل أم فصل عند أبي حنيفة. لأنّه رجوع لعدم وجوب ثمن الخمر والخنزير على المسلم. وأول كلامه للوجوب. وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء. لأنّه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب كالاستثناء. قلنا ذاك تعليق. وهذا إبطال فافترقا.

قال: **ولو قال "عليّ ألف من ثمن متاع وهي زيوف" وقال المقرّ له "بل جياد" لزمه الجياد في قول أبي حنيفة.**

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] ه : هداية

[3] ق : بغير

[4] أ : إن

[5] ه : هداية

[6] أ : الناس

[7] أ، ف، ق : معاينة

[8] ه : هداية

وقالا إن وصل وصدق. وكذا إذا قال "أقرضتني ألفاً وهي زيوف" أو قال "إلا أنها زيوف" وكذا إذا قال "عليّ لفلان ألف درهم زيوف من ثمن متاع." وكذا إذا قال "هي نبهرجة" أو قال "هي ستوقة أو رصاص لهما" أنه بيان مغير فيصحّ بشرط الوصل كالشرط أو الاستثناء. وهذا لأنّ اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً أو صار كما إذا قال [٢٠٥/ب] إلا أنها وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع. لأنّ مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب. والزيافة عيب. ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه. فصار كما إذا قال "بعتك معيباً" وقال المشتري "بعتنيه سليماً" فالقول للمشتري لما بيّنّا. والستوقة ليست من الأثمان. والبيع يرد على الثمن. فكان رجوعاً. وقوله "إلا أنها وزن خمسة" يصحّ استثناءً. لأنّه مقدار بخلاف الجودة. لأنّ استثناء الوصف لا يجوز بخلاف ما إذا قال "على كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية." لأنّ الرداة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها. وعن أبي حنيفة أنه يصدق في الزيوف إذا وصل. لأنّ القرض يوجب مثل المقبوض. وقد يكون زيفاً كما في الغصب. لكنا نقول التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها. ولو قال "له على ألف درهم زيوف" ولم يذكر البيع والقرض. قيل يصدق بالإجماع. لأنّ اسم الدراهم يتناولهما. وقيل لا يصدق. لأنّ مطلقه ينصرف إلى العقود لإباحتها. ه[1] ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعجزه عن الاحتراز عنه. ط[2] قال "له عليّ ألف درهم حرام" أو قال "ربا" لزمته. ولو قال "تلجئة أو زوراً أو باطلاً" فصدقه لا شيء عليه. وإن كذبه لزمته. ولو أقرّ بقبض ألف درهم أو غصبها أو مضاربة أو قرضاً أو وديعة ثمّ مات وقالت "ورثته هي زيوف" لا يصدق بخلاف المقر. شب[3] أقر المسلم إليه يقبض ثمّ ادّعى الزيافة. فإن كان أقرّ بقبض الجياد أو بقبض حقّه أو رأس المال أو باستيفاء الدراهم لا يسمع دعوى الزيافة. وإن كان أقرّ بقبض الدراهم فالقول لربّ السلم والبيّنة على المسلم إليه. وفي الاستحسان على عكسه. ولو قال "قبضت ولم يزد" فالقول للمسلم إليه كما في "قبضت الدراهم." ولو ادّعى أنها ستوقة أو رصاص لا يصدق في قوله "قبضت الدراهم." وفي قوله "قبضت" يصدق. ولو قال "هي من ضرب[4] كذا أو نقد بلد كذا" يصدق في الغصب عندهم وصل أم فصل. وفي القرض وثمن المبيع إن كان نقد بلده وفصل فكذلك. وإن لم يكن وفصل ففيه اختلاف. ولو قال "أقرضتني" أو قال "أعطيتني أو أسلفتني ألفاً ولم يدفعها إليّ" صدق موصولاً لا مفصولاً.

قال: **ومن أقرّ لغيره بخاتم فله الحلقة والفص.**

---

[1] ه : هداية

[2] ط : المحيط

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] ق : - ضرب

لأن اسم[1] الخاتم يشمل الكلّ ولهذا يدخل في بيعه من غير تسمية.

قال: **وإن أقرّ بسيف فله النصل[2] والجفن[3] والحمائل.[4] وإن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة.**

لانطلاق الاسم على الكلّ عرفاً.

قال: **وإن قال "لحمل فلانة علي ألف درهم." فإن قال الوصي به فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح.**

لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له. ثمّ إذا جاءت به في مدّة يعلم أنه [٢٠٦/أ] كان قائماً وقت الإقرار لزمه. وإن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتّى يقسم بين ورثته. لأنّه إقرار في الحقيقة لهما. وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة و لم ينتقل. ولو جاءت بولدين جنينين فالمال بينهما. ولو قال المقرّ "باعني أو أقرضني" لم يلزمه شيء لاستحالته.

قال: **وإن أبهم الإقرار لم يصحّ عند أبي يوسف وقال محمد يصحّ.**

وبه الشافعي. لأنّ الإقرار من الحجج فيجب إعماله ما أمكن. وقد أمكن بحمله على السبب الصالح. ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقة ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة. ولهذا إقرار العبد المأذون وأحد المتعاوضين عليه فصار كما إذا صرح به. ولأنه إقرار لمجهول. لأنّه لا يعلم أو إحدام أكثر ذكر أم أنثى.

قال: **وإذا أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صحّ الإقرار ولزمه.**

لأن له وجه صحة. وهو الوصية به من جهته غيره فحمل عليه. شق[5] ولو قال "بعتني عبدك أو آجرتنيه أو وهبته لي أو تصدقت به عليّ" ثمّ قال "لم أقبضه" فإنه يصدق وصل أم فصل. لأنّ البيع والإجارة يصحّ بدون القبض والهبة والصدقة والعارية تحتاج إلى القبض. لكنّه أسقط حقه. وقول المرء مقبول في إسقاط حقه.

---

[1] ق : - اسم

[2] النصل وهو حديدية. مجمع البحرين ٣٥٦/١.

[3] وهو غمده.

[4] ق : - والحمائل

[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

١٠. ١. ١ فصل فيمن أقر في مرض موته

قال: **وإذا أقرّ الرجل في مرض موته[1] بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة بالأسباب مقدمة على غيره. فإذا قضيت وفضل شيء كان فيما أقرّ به في حال المرض.** شق[2]

القياس أن لا ينفذ إقرار المريض إلا في الثلث. لأنّه لا يملك سواه بدليل عدم نفاذ هبته فيما زاد على الثلث. لكنهم تركوا القياس لحديث ابن عمر ﵄ أنه قال المريض إذا أقرّ بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته. ولا يعرف له مخالف. ولأنه غير متهم في حقّ الأجنبي ثمّ ديون الصحة مقدمة على ما أقرّ به في المرض. وقال الشافعي هما سواء لاستواء سببهما. وهو إقرار العاقل البالغ. ومحل الوجوب ذمّته لا ماله كالنكاح. ولنا أن الإقرار إنّما يعتبر دليلاً إذا لم يتضمّن إبطال حقّ الغير. وإقرار المريض يتضمّن إبطال حقّ غرماء الصحة. لأنّ حقهم تعلق بهذا المال استيفاء. ولهذا يُمنع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث وراء الديون بخلاف النكاح. لأنّه من الحوائج الأصلية. وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة. لأنّ حقّ الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلّق بالمال القدرية على الكسب.[3] وإنما يقدم المعروفة الأسباب. لأنّه لا تهمة في ثبوتها. لأنّه لا مردّ للمعاين. لأنّه بدل مال ملكه أو استهلكه أو بدل منافع معادلة له فكانت مساوية لدين الصحة. فلا يقدم أحدهما على الآخر. ه[4] ولو أقرّ بعين في يده لأخر لم يصحّ في حقّ [٢٠٦/ب] غرماء الصحة لتعلق حقهم به. ولا يجوز للمريض أن يقتضي دين بعض الغرماء دون البعض. لأنّ في إيثار البعض إبطال حقّ الباقين. وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه. وقد علم بالبيّنة. وإنما يصرف الفاضل إلى ديون المرض.

---

[1] ... الفيضية. شرح المجلة ١١٨/٤.

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ف : السبيل

[4] ه : هداية

لأنّه لا زال حقهم فظهر صحّة إقراره. **ك**[1] أقرّ في مرضه بدين ألف وللآخر بألف وديعة فهما دينان لتعلق الأوّل بها. ولو أقرّ بوديعة أو مضاربة ثمّ بدين فالوديعة أولى. لأنّه ملكها المقرّ له لعدم المزاحم.[2]

قال: **وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره في مرضه. وكان المقرّ له أولى من الورثة.**

لما مرّ من حديث ابن عمر ﵄. وقيل هذا قول عمر ﵁. إذا أقرّ المريض بدين جاز عليه في جميع تركته. ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية. وحق الورثة إنّما يتعلّق بالتركة بشرط الفراغ حتّى يقدم تجهيزه وديونه.

قال: **وإقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة.**

وقال الشافعي في أحد قوليه يصحّ. لأنّه إظهار حقّ ثابت لترجح جانب الصدق فيه كما في الأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله ﵇ « **لا وصيةَ لوارثٍ ولا إقرارَ بالدينِ** »[3] وحديث عمر وابن عمر ﵃ « إذا أقرّ **المريض لوارث لم يجز وإن أقرّ لأجنبي جاز بجميع ماله** »[4] ولأنه تعلق حقّ الورثة بماله في مرضه. ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً. ففي تخصيص البعض به إبطال حقّ الباقين إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حقّ الأجنبي. لأنّه لو انحجر عن الإقرار للأجنبي في المرض يمتنع الناس من المعاملة معه فيتضرر المرضى وقلّ ما تقع المعاملة مع الوارث ثمّ هذا التعلق حقّ بقية الورثة. فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح إقراره.

قال: **وإذا أقرّ لأجنبي في مرضه ثمّ قال "هو ابني" ثبت نسبه. وبطل إقراره له. ولو أقرّ لأجنبية ثمّ تزوّجها لم يبطل إقراره لها.**

والفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فيظهر أنه أقرّ لابنه فلا يصحّ. ولا كذلك الزوجية. لأنها تقتصر على زمان التزوّج فيبقى إقراره. **ك**[5] أقرّ في مرضه باستيفاء دين كان له على زيد في صحته أو باستيفاء بدل كتابة عبد كاتبه في صحته صح. ويبرأن سواء كان عليه دين الصحة أو المرض. لأنّ قبض دين الصحة ثبت له بعقد المداينة في الصحة فلا يعتبر محجوراً عليه في المرض. ولو باع عبداً وسلمه ثمّ أقرّ باستيفاء الثمن لا يصدق. لأنّ حقهم تعلق بالعبد وبدله. وعن أبي يوسف يصحّ لعدم التهمة في إقراره بالاستيفاء كالعفو عن دم العمد يستوي فيه الصحيح والمريض. وعنه أقرّ باستيفاء ثمنه ثمّ أقرّ بدين

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] أ : المزاحمة

[3] أبو داود السنن "**إجارة**" ٨٨؛ ابن ماجه السنن "**وصايا**" ٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٦٧/٥؛ النسائي السنن الكبرى "**وصايا**" ٥؛ الدارقطني السنن ١٥٢/٤.

[4] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٨٥/٦.

[5] ك : الكفاية للبيهقي

في مرضه صح. ولو أقرّ بالدين [٢٠٧/أ] ثمّ بالاستيفاء يتحاصّان كإقرار المريض بالدين. ولو كان عليه دين الصحة لا يصدق في الاستيفاء. ويؤخذ الثمن منه.

قال: **ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثمّ أقرّ لها بدين ومات فلها الأقلّ من الدين ومن ميراثها منه.**

لأنهما متهمان فيه لقيام العدة. وباب الإقرار مشدود للورثة. فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصحّ إقراره لها زيادة على ميراثها.[1] ولا تهمة في أقلّ الأمرين فيثبت. قلت وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بسؤالها ثمّ أقرّ لها بدين والوضعان[2] صحيحان. والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار ففي الوضع الأوّل ترثه إذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه. ومع هذا إذا أقرّ لها بدين فلها الأقلّ من الدين و من الميراث.[3] **ط**[4] وإن مات بعد انقضاء عدتها فلها جميع ما أقرّ به. وإذا[5] أقرّ لها في عدتها بمهرها تقبل ذلك إلى تمام مهر مثلها. لأنّ سبب ذلك ظاهر. **خك**[6] وما يدفع لها من الأقلّ في الفصلين يدفع بحكم الإقرار لا بحكم الإرث حتّى لا تصير هذه المطلقة شريكة في أعيان التركة. بل يباع ما يخصه. وتقضي به ذلك الأقلّ. **ك**[7] مريضة عليها دين الصحة أقرت باستيفاء مهرها ثمّ طلقها قبل الدخول وفي يدها ألف تقر أنها المهر المستوفى فالألف بين غرمائها. ولا شيء للزوج منها ولا على الزوج. لأنّ بالطلاق قبل الدخول صارت أجنبية فصح إقرارها باستيفاء دينها منه غير أنها لا يصدق على إثبات المخاصمة للزوج بنصف المهر. لأنّه إقرار بالدين في المرض فتقدم دين الصحة. فإن دخل بها وقد تزوّجها في مرضها فأقرت باستيفاء المهر ثمّ طلقها وانقضت عدتها قبل الموت جاز إقرارها. ولو ماتت قبل انقضاء العدة والطلاق بائن والمسألة بحالها فغرماء الصحة يستوفون دينهم ثمّ يجعل للزوج من الباقي الأقلّ مما أقرت له باستيفائه ومما يصيبه من الميراث. لأنهما متهمان ما بقى من حقوق النكاح شيء. ولو لم يطلقها لم يصحّ إقرارها له وورثها. ولو طلق وماتت أو انقضت عدتها قبل إقرارها له و لم يرث.

---

[1] أ : + لها
[2] ق : والوصفان
[3] أ : والميراث
[4] ط : المحيط
[5] أ، ف، ق : ولو
[6] خك : خلاصة الأكمل
[7] ك : الكفاية للبيهقي

١٠. ١. ٢ فصل في الإقرار بالنسب

قال: **ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً ويشارك الورثة في الميراث.**

لأن نسب الولد مما يلزمه خاصّة فصح إقراره به. وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر. وإنما شرط أن لا يكون له نسب معروف. لأنّه يمنع ثبوته من غيره. وإنما شرط تصديقه. لأنّه في نفسه. لأنّ المسألة موضوعة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف [٢٠٧/ب] الصغير. لأنّه في يد غيره كالبهيمة فيعتبر الإقرار بدون تصديقه. ولا يمتنع بالمرض. لأنّ النسب من الحوائج الأصلية. والمال ليس من لوازمه لجواز أن يكون ابنه. ولا يرثه بواحد من الأسباب المانعة من الإرث. وإذا صار ابنه يشارك الورثة في الميراث من طريق الحكم.

قال: **ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى.**

لأنه أقرّ بما يلزمه. وليس فيه تحميل النسب على الغير فيجوز كسائر الحقوق.

قال: **ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى.**

لما مر.

قال: **ولا يقبل بالولد إلا أن يصدقها الزوج أو تشهد بولادتها قابلة.**

لأنّ فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج. لأنّ النسب منه فلا يثبت[١] إلا بتصديقه أو تشهد امرأة بالولادة فيثبت ولادتها بشهادتها. ويلحق النسب بالفراش. هـ[٢] وإنما يصحّ الإقرار بهؤلاء بثلاث شرائط فيهم. أما في الولد بأن يتصوّر منه. ولا يكون ثابت النسب من غيره وأن يصدقه إذا كان له عبارة صحيحة. وكذا يعتبر هذه الثلاثة في الوالدين. وأما في الزوجة بأن لا تكون من المحارم وتكون خالية عن زوج وعدة وأن لا يكون في حكمه من النساء ما يمنع نكاحها كالأخت والأربع ونحوها وأن يصدقه. وكذا بالزوج. وأما بالمولى فكذلك ما يليق به. قلت وههنا مسألتان مبهمتان لا بدّ من[٣] بيانهما. أحدهما أنه ذكر أنه لا يقبل إقرار المرأة بالولد. وهو محمول على ما إذا كان لها زوج معروف. فأما إذا لم يكن ينبغي أن يصحّ إقرارها. كذا ذكره ط[٤] عن بعض المشايخ وفي الأقضية ادعت على رجل أنها ابنها أو على امرأة

---

[١] أ : فلا يثبتا

[٢] ه : هداية

[٣] أ : – من

[٤] ط : المحيط

أنها ابنتها وأقامت بيّنة قُبلت. فقد جُعل النسب منها مقصوداً بقبول بينتها حال غيبة الأب من غير أن يدّعي نسبه حقّاً أو مالاً لنفسها. وهكذا ذكره الخصاف في آداب القاضي. وعن أبي يوسف لا تقبل بينتها. قال عبد الله الضعيف وإن كان لها زوج معروف في الحال لكن لم يكن لها زوج معروف وقت علوق هذا الولد المقرّ به يثبت[1] النسب بدون تصديقه. والظاهر أن مراد هؤلاء المشايخ من قولهم إن لم يكن لها زوج معروف ثبت النسب بدون تصديق الزوج أنه إذا لم يكن لها زوج معروف وقت العلوق. لأنّه حينئذ لا يلزم تحميل النسب على الغير. وأما الثانية ه[2] الإقرار بالمولى أن المراد به مولى العتق أم متولّي الملك وكلاهما يحتمل. ويجوز الإقرار بهما بشرائطهما. أما الأوّل وهو أن يقر بأن "هذا معتقي قد أعتقنيه" أو "معتقي قد أعتقته." وهذا إنّما يصحّ ثلاث شرائط أن لا يكون المعتق حر الأصل وأن لا يكون له ولاءه ثابت من الغير وأن يصدقه. وأما الثاني بأن يقر أنها أمة فلان أو رجل أنه عبد فلان. ولا يعرف [٢٠٨/أ] حالهما في الرق والحرية وليس لهما مولى معروف وصدقه المقرّ له في ذلك يثبت الرق. ط[3] وكذلك صبي أو صبية يعقل ويتكلم أقرّ بالرق لغيره صحّ إقراره. وإذا صدقه وكذلك الجواب في اللقيط. وهذا إذا لم يعرف حريته بنوع دليل. أما إذا عرف حرّية الأصل أو بالشهرة أو بقضاء القاضي عليه حكم من أحكام الأحرار في الجناية أو عرف كونه معتق الغير فالقاضي لا يصدقه في هذا الإقرار ولا يجعله مملوكاً له. ولو أجاز المعتق إقراره وصدقه جاز. ويظهر أنه لم يكن معتقاً بأن كان عاصياً له. ولو اشترى عبداً يعبر عن نفسه وذهب به إلى منزله وهو ساكت فهذا إقرار منه بالرق. والأصل في هذه المسائل أن كلّ تصرف يشرك في جوازه الحر[4] والمملوك كالإجارة والنكاح والخدمة فالانقياد منه لا يكون إقراراً بالرق دلالة. وكل تصرف يختصّ جوزها بالمماليك. ولا يثبت حقّاً في المحلّ كالعرض على البيع[5] فكذلك. وإن[6] أثبت حقّاً في المحلّ كالبيع مع التسليم والرهن والدفع بالجناية والهبة فالانقياد فيه إقرار بالرق. وإذا باع ولم يسلم وهو ساكت ففيه اختلاف المشايخ. ولو قال "أعتقني أمس"[7] أو "هل اعتقتني؟" فهو إقرار منه بالرق مجهول اشترى عبداً فأعتقه أو مجهولة تزوّجت وولدت أولاداً ثمّ أقرّ بالرق لإنسان ثبت الرق في حقهما دون غيرهما.

قال: ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد مثل الأخ والعم لم يثبت إقراره بالنسب.

[illegible]

- أمس

لأن فيه حمل السبب على الغير. ط[1] وكذا إذا أقرّ أنه ابن ابنه.

قال: **فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرّ له. وإن لم يكن له وارث استحقّ المقرّ له ميراثه.**

لأنه لم يثبت نسبه منه فلا تزاحم الوارث. فإن لم يكن له ولاية التصرّف في مال نفسه عند عدم الوارث. ولهذا يصحّ وصيته بجميع ماله فيستحقّ المقرّ له جميع المال. وليست هذه وصية حقيقة حتّى أن من أقرّ بأخ ثمّ أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له[2] ثلث المال. ولو كان الأوّل وصية لاشتركا نصفين. لكنّه بمنزلته حتّى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقرّ له ثمّ أنكر وراثته وأوصى لأخر بجميع ماله فماله للموصى له. وإن لم يكن فلبيت المال.

قال: **ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسبه.**[3]

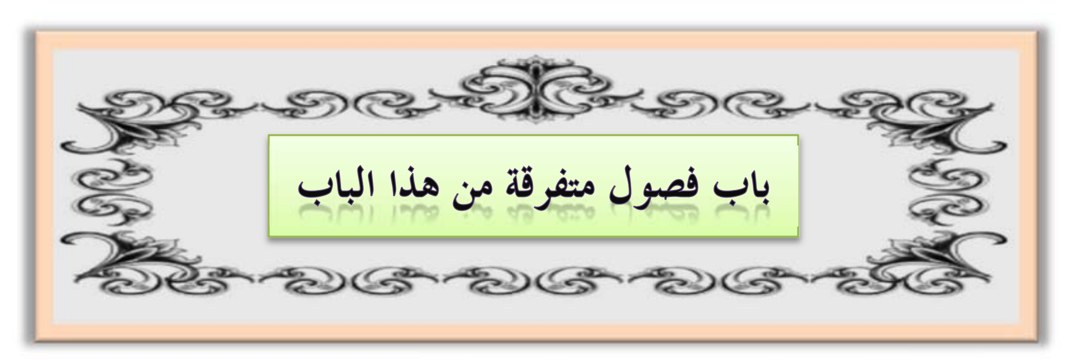
لما مر.

قال: **ويشاركه في الميراث.**

لأنّ إقراره تضمن سبب من حمل النسب على الغير. ولا ولاية له. والاشتراك في المال وله فيه ولاية. فيثبت كالمشتري إذا أقرّ على البائع بالعتق يعتق. ولا يرجع بالثمن. ه[4] ومن مات أبوه وترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما أن أباه قبض خمسين لا شيء له[5] وللآخر خمسون. شق[6] لا يثبت النسب في حقّ الميت بإقرار وارث واحد. وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين [٢٠٨/ب] من الورثة. وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كلّ من يجوز يثبت النسب بقوله وإن كان واحداً. والأول أصحّ اعتباراً للإقرار بالشهادة. ولو ترك اثنين فأقر أحدهما بأخ وكذبه الآخر فللمقر له نصف ما في يد المقر. وقال ابن أبي ليلى ثلث ما في يده. وقال الشافعي لا شيء له. وله في الإقرار بزوجة الميت وجهان. ولو أقرّ أحد الورثة بدين وجحده الباقون أخذ جميع الدين من نصيب[7] المقر لأن الدين مقدم على الإرث.[8]

---

[1] ط : المحيط
[2] أ : – له
[3] أ : نسب أخيه
[4] ه : هداية
[5] أ : – له
[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[7] ق : – نصيب
[8] أ : – من نصيب المقر لأن الدين مقدم على الإرث



١٠. ٢ باب فصول متفرقة من هذا الباب

١٠. ٢. ١ فصل في الإقرار العام ط[١] خك[٢]

لو قال "جميع ما في يدي من قليل أو كثير عبدٍ أو غيره لفلان" صحّ إقراره. ولو اختلفا في عبد أنه كان في يده وقت الإقرار. إن ملكه بعده فالقول للمقر. والبيّنة بيّنة المقرّ له. ص[٣] "فلان شريكي في جميع ما في هذا الحانوت" صح. وصار ذلك مشتركاً بينهما. ولو اختلفا في كينونة شيء فيه وقت الإقرار فالقول للمقرّ إلا إذا كان الزمان زماناً لا يسع لشراء العبد أو لإدخال متاع في الحانوت فالقول للمقرّ له حينئذ. وكذا لو قال "فلان شريكي فيما في يدي من مال التجارة" ثمّ ادّعى بعض المتاع أنه لم يكن في يده وقت الإقرار أن[٤] القول له باتفاق روايات الأصل. ولو قال "فلان شريكي في هذا الحانوت في عمل" كذا. شب[٥] فجميع ما في هذا الحانوت بينهما. شس[٦] إنّما يكون بينهما ما فيه من متاع ذلك العمل. ن[٧] أقرّ لابنيه في صحته بجميع ما في منزله من الفراش والأواني وغيرها مما يقع عليه اسم الملك من صنوف الأموال كلّها وله في الرساتيق دواب وغلمان وهو ساكن في البلدة فأقر أن يقع على ما في منزله الذي هو ساكن فيه. ويدخل أيضاً ما يبعث إلى الباقورة من المواشي نهاراً ويرجع ليلاً. وكذا العبيد. وإن كانوا يخرجون نهاراً دون ما سواها. ولو قال "جميع ما ينسب إليّ أو يعرف بي فهو لفلان" فهو إقرار. ولو قال "جميع مالي أو جميع ما أملكه فهو لفلان" فهذا هبة. سئل أبو القاسم عمن أقرّ أن جميع ما هو داخل منزله لامرأته غير ما عليه من الثياب ومات فادعى ابنه أن ذلك تركه. فقال يثبت[٨] لها في الحكم إن شهد الشهود بإقراره هذا. وأما الفتوى مما عملت المرأة أنه صار لها بتملك الزوج إياها ببيع أو هبة ونحوها تعذر في المنع. وإلا فلا

---

١ ط : المحيط
٢ خك : خلاصة الأكمل
٣ ص : الأصل لمحمد بن الحسن
٤ ق : كأن
٥ شب : شرح بكر خواهر زاده
٦ شس : شرح السرخسي
٧ ن : النوازل
٨ أ : ثبت

يصير ملكاً لها بهذا الإقرار. ن[1] قال "هذا البيت وما أغلق عليه بابه لامرأتي وفيه متاع" فلها البيت والمتاع. ولو كان مكان الإقرار بيعاً لا يدخل المتاع فيه.

١٠. ٢. ٢ فصل في حكم الإقرار

حكمه شرعاً ظهور المقرّ به لا ثبوته ابتداء حتّى لو أقرّ بالخمر للمسلم صحّ والتمليك لا يصحّ. وكذا لا يصحّ الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه والإنشاء يصحّ معه. وكذا لا يحلّ للمقرّ له ما أقرّ به [٢٠٩/أ] إن عرف كذب المقرّ إلا أن يسلمه بطيبة من نفسه ويقبض فيكون هبته ابتداءً. فأما في حقّ الردّ يعتبر تمليكاً مبتدأ كالهبة حتّى يبطل بردّ المقرّ له ما لم يتضمّن إبطال حقّ الغير كمن أقرّ "إني بعت هذا العبد من فلان بكذا" فردّ المقرّ له إقراره وقال "ما اشتريت" ثمّ قال بعده "اشتريت" فقال البائع "ما بعتكه" لزم البائع البيع بما سمى[2] ثمّ في كلّ موضع بطل الإقرار بردّ المقرّ له. لو أعاد المقرّ ذلك الإقرار وصدّقه المقرّ له كان للمقرّ أن يأخذه بإقراره استحساناً لا قياساً.

١٠. ٢. ٣ فصل في الإقرار بالكتبة

إن لم يكن الكتاب مُستبيناً كالكتابة بالماء والجمد والهواء فهو باطل. وإن شهِد عليه ما لم يقرأ عليهم وإن كان مستبيناً وهو على وجوه. أحدها كالرسالة بأن يكتب على بياض التسمية ثمّ الدعاء ثمّ يكتب إن لك عليّ ألف درهم من قبل كذا فهو إقرار استحساناً. ويحل لمن عاين كتابته أن[3] يشهد عليه بذلك إذا علم ما كتب وإن لم يشهد عليه. والثاني كتاب صك بأن يكتب على بياض هذا ما شهد عليه الشهود المسمون آخر هذا الكتاب أن لفلان عليه كذا وإنه ليس بإقرار. ولا يحلّ لمن عاينه أن يشهد عليه إلا أن يشهده الكاتب على ذلك. ويعلم الشاهد بما فيه. والثالث أن يكتب على بياض لا على وجه الرسالة. والصك أن لفلان عليّ كذا أو يكتب على الأرض فهو كالصك. والرابع أن يكتبه في دفتر حسابه. وهو كالصك أيضاً. ومن المتأخّرين من قال إذا كان في روزنامة أن لفلان عليّ كذا وكذا. فإنه يعد مرسوماً. ولا يكون الإشهاد عليه شرطاً. ولو قال "وجدت في كتابي أن لفلان عليّ ألف درهم أو في[4] ذكرى أو في حسابي أو بخطي أو كتبت بيدي" فهذا كله باطل. شس[5] قال جماعة من أئمة بلخ ما يوجد في يا ذكار الباعة[6] مكتوباً بخط البائع ولازم عليه.[1] ولو قال "كتبت لفلان على صك بألف" وقال "بشهادة

---

[1] ن : النوازل
[2] أ : سماه
[3] ق : أنه
[4] أ : - في
[5] شس : شرح السرخسي
[6] يا ذكار الباعة جريدة التذكرة للمبتاعين.

فلان وفلان" فإقرار. وأما خط البياع والسمسار والصراف فهو حجة وإن لم يكن مصدراً معنوناً لعرف ظاهر بين الناس. وذلك ما يكتب فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف.

١٠. ٢. ٤ فصل فيمن يصحّ إقراره ولا يصحّ ط[٢]

يصحّ إقرار الصبي التاجر إن[٣] كان أذن له أبوه في التجارة بدين التجارة دون ما سواه. وكذلك إقراره بالوديعة والعارية والمضاربة والغصب وبالعيب بسلعة باعها وبعبد في يديه أنه لفلان صحيح. وعن أبي حنيفة إن ورثه من أبيه لا يصحّ. والظاهر خلافه. ولا يجوز إقراره بالمهر والجناية والكفالة وبالكتابة والعتق على مال. ولو أقرّ بدين على أبيه بعد موته أو وديعة بعينها جاز. ولو أقرّ الصبي والمحجور عليه بدين [٢٠٩/ب] أو غصب عاريةٍ أو وديعةٍ أو جراحةٍ أو حدٍ أو نكاحٍ أو طلاقٍ أو عتاق أو مكاتبةٍ أو حدٍّ في قذف أو سرقةٍ أو شرب خمرٍ فإنه لا يجوز. وكذلك[٤] النائم والمُغمى عليه. وأما السكران فإقراره جائز في الحقوق كلّها إلا بالحدود الخالصة وبالردة. وفي الإقرار بالردة قياس واستحسان. وإقرار الأخرس إذا كان يكتب ويعقل جائز في القصاص والحقوق كلّها إلا في الحدود. وفي حد القذف اختلاف. وإقرار العبد التاجر بدين أو عارية أو وديعة أو غصب مال جائز سواء كان مديوناً مستغرقاً أو لا. ولو أقرّ المديون لمولاه بعين أو دين لا يأخذه منه وإقراره بجناية توجب المال لا يصحّ.

١٠. ٢. ٥ فصل في الاستدراك فيه

إن كان الاستدراك في القدر أو الوصف بأن قال "له عليّ ألف لا بل ألفان" أو قال "ألف بيض لا بل سود أو عليّ العكس" يلزمه أفضلهما. وإن كان في الجنس بأن قال "ألف درهم لا بل مائة دينار" يلزمه المالان.

١٠. ٢. ٦ فصل في إقراره بدينه أو وديعته لغيره أو وديعة إنسان في يده لغيره. ط[٥] ص[٦]

واجب. المبسوط ٢٠/١٨.

[٢] ط : المحيط

[٣] ق : إذا

[٤] أ، ف : كذا

[٥] ط : المحيط

[٦] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

له على رجل ألف درهم دين في صك باسمه فإقرار ما في هذا الصك لفلان جاز. وحق القبض للمقرّ له على الأصح. ولو أقرّ أن الدين الذي له على فلان لفلان وله عليه مائة درهم في صك ومائة دينار في صك. ثمّ قال عنيت الدراهم خاصة. وقال المقرّ له "كلها لي" فالكل له. ولو كان له ألف وديعة في يد زيد فقال "هي لعمرو" جاز. والقبض للمقرّ إلا إذا أنكر المقرّ له الإذن بالإيداع فحينئذ للمقرّ له. ك[1] قال دفع فلان إليّ هذا الألف وهي لفلان وكلاهما يدعيه فهو للدافع لتعلق حقّ الأوّل به لسبق إقراره. ولا يضمن للآخر شيئاً. ولو قال "هي لفلان دفعها إليّ فلان" فهي للأول لسبق[2] حقه. فإن سلّمه إلى الأوّل بغير قضاء يضمن مثله للثاني. وكذا نقضاً عند محمد خلاف أبي يوسف. ولو قال "هذا الألف لفلان أقرضنيها فلان وادعياها" فهي للمقرّ له أولا وللمقرض عليه ألف درهم. ولو قال "هذه الألف لفلان بل لفلان" ودفع إلى الأوّل بقضاء لم يضمن وإلا فيضمن. وكذا الوديعة عند أبي يوسف. وعند محمد في الوديعة يضمن في الحالين. ولو قال "غصبت هذا العبد من فلان لا بل فلان" يدفعه إلى الأوّل. ويضمن قيمته للثاني في الحالين كما لو قال "هذه الألف لفلان أخذتها من فلان." ولو قال "الخيّاط أو القصّار أو كلّ عامل هذا المتاع الذي في يدي لفلان دفعه إليّ فلان" وادعياه فالثوب والمتاع للمقرّ له أوّل مرة. ولا يضمن شيئاً للثاني عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد يضمن. ولو عكس فقال "هذا الثوب سلمه إليّ فلان لا قطعه له قميصاً وهو لفلان" فالثوب للأول لا للثاني. [٢١٠/أ] لأنّه إقرار بملك الغير فلا يقبل.[3]

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] أ : السبق

[3] ق : + والله أعلم





١١ كتاب الإجارة

اعلم[1] أن قوام الدين بتحقيق العهود وقوام الدنيا بتصحيح العقود. والعقود ضربان. عقود معاوضات وعقود تبرعات. وعقود المعاوضات ضربان. ضرب يرد على الأعيان كالبياعات. وضرب يرد على المنافع كالإجارات.[2] والعقود الواردة على الأعيان أقوى وألزم من الواردة على المنافع فناسب أن يقدم المصنف البياعات وتوابعها على الإجارات ثمّ يتبعها بالإجارات.

قال: **الإجارة[3] عقد المنافع بعوض.**

بخلاف النكاح. فإنه عقد على استباحة المنافع بعوض. لأنّ الإجارة في اللغة بيع المنافع. والقياس يأبى جوازه. لأنّ المعقود عليه معدوم. وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصحّ. لكنّه جوّز لحاجة الناس إليه. وقد ثبت جوازه بالكتاب والسُنة وضرب من المعقول. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **على أن تأجُرني ثماني حجج** ﴾[4] وشريعة من قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها. وأما السُنة فقوله ﷺ « **من استأجرَ أجيراً**

، وتفسخ. الاختيار ١/١٦.

٤ القصص ٢٧/٢٨

فليُعلِمْه أجرَه »[1] وقوله ﷺ « **أَعطُوا الأجيرَ أجرَه قبلَ أنْ يجِفَّ عَرَقَهُ** »[2] وأما المعقول فلأن بالناس حاجة ولا[3] مفسدة فيه فيجوز. وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة في حقّ إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول. ثمّ عمله يظهر في حقّ المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة.

قال: **ولا تصحّ حتّى تكون المنافع معلومة.**[4]

لما روينا. ولأن الجهالة في المعقود عليه. وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن.

قال: **وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة.**[5]

لأن الأجرة ثمن المنفعة. فيعتبر بثمن المبيع. قلت وهذا لا يدلّ على أن ما لا يصلح ثمناً لا يصلح أجرة. لأنّ تخصيص الشيء بالذكر لا يدلّ على نفي ما عداه. **شق**[6] **ه**[7] يجوز غيره[8] أجرة أيضاً كالأعيان. فإنها لا تصلح ثمناً في البيع وتصلح أجرة. قلت وكذا المنفعة لا تصلح ثمناً في البيع وتصلح أجرة إذا اختلفا نوعها. **ك**[9] باع المنفعة بمنفعة من جنسها لم يجز. وبخلاف جنسها يجوز. وقال الشافعي يجوز في الوجهين بالقياس. ولنا أن تجويزه يؤدّي إلى ربا النساء. وخدمة العبد والأمة جنس واحد. فإن خدم أحدهما دون الآخر لا أجر له. **ص**[10] يجب أجر المثل. لأنّه عقد فاسد. ولو آجر أحد الشريكين نصيبه من صاحبه ليحيط معه هذا الشهر على أن يصوغ لنصيبه الشهر الثاني لم يجز. وفي العبدين يجوز إذا اختلف العمل. لأنّ في العمل مهايأة تستحقّ بعد إجارة ويقع [٢١٠/ب] على المنافع المطلقة فلم يجز تعيين أحدهما على الآخر المنفعة.

---

[1] البخاري الصحيح "**شروط**" ١١؛ مسلم الصحيح "**نكاح**" ٣٨؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٧؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٦٦/٦؛ النسائي السنن الكبرى "**مزارعة**" ١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٢٠/٦.

[2] ابن ماجه السنن "**رهون**" ٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٢٠/٦.

[3] أ : - ولا

[4] ق : + والأجرة معلومة

[5] ف : + في الإجارة

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] ه : هداية

[8] ق : - غيره

[9] ك : الكفاية للبيهقي

[10] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

قال: **والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور للسكنى والأراضين[١] للزراعة فيصحّ العقد على مدّة معلومة أي مدّة كانت.**

لأن المدّة متى كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً[٢] إذا كانت المنفعة لا تتفاوت. وقوله أيّ مدّة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدّة أو قصرت. وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز أكثر من سنة لاندفاع الحاجة بها. وفي قول أكثر من ثلاثين سنة. وفي قول يجوز أبداً. ولنا قوله تعالى ﴿ **على أن تأجُرني ثماني حجج** ﴾[٣] ولأنه لا اختصاص لبعض المدة[٤] كالتأجيل في الدين.[٥] وقد تمس الحاجة إلى مدّة طويلة كاستئجار الأراضي للبناء أو الغرس. وقد لا يتمّ عمارتها للزراعة أيضاً إلا في سنين. ويكره مستأجر الدار التنقّل من دار إلى دار فلم تندفع الحاجة بالسنة. **ه**[٦] إلا في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدّعي المستأجر ملكها. وهي ما إذا زاد على ثلاث سنين هو المختار. **ط**[٧] وابتداء المدّة من حين وقع العقد. فإن استأجر داراً شهراً وقت الاستهلال يعتبر بالهلال. وإن استأجرها وسط الشهر تعتبر بالأيام. وإن كانت الإجارة على كلّ شهر في وسط الشهور تعتبر جميع الشهور بالأيّام بلا خلاف. وإن وقعت على اثني عشر شهراً أو عشرين ونحوها في وسط الشهر فعند أبي حنيفة تعتبر جميع الشهور بالأيام. وعندهما الشهر الأوّل بالأيّام فيكمل من الآخر. والباقي بالأهلّة. وعن أبي يوسف كلّها بالأيّام. ولو أضاف إلى وقت في المستقبل بأن قال "آجرتك داري هذه غداً أو رأس الشهر أو بعد سنة" يجوز. ولو نقضها قبل مجيء ذلك الوقت صريحاً أو بالبيع أو بالإجارة من غيره. فعن محمد روايتان. في رواية ينقض. وفي رواية لأنّ آجرتكها إذا جاء رأس الشهر يجوز وإن كان تعليقاً. ولو قال فاسختكها إذا جاء رأس الشهر لم يجز.

قال: **والمنافع[٨] تارة تصير معلومة[٩] بالتسمية كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوب أو خياطته أو استأجر دابّة على أن يحمل[١٠] عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها.**

لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد. وقيل عقد الإجارة ضربان. عقد على عمل كاستئجار الخيّاط وسائر المحترفين.

---

١ ق : + والأرضي
٢ ف : معلوماً فيها
١٠ : ليحمل

وذلك في الأجير المشترك. فلا بدّ من أن يكون العمل معلوماً وعقد على المنفعة كالدور والأراضي ونحوها والأجير الخاصّ ولا بدّ فيه من بيان الوقت.

قال: **وتارة تصير[1] معلومة بالتعيين والإشارة [٢١١/أ] كمن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم**.

لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه صارت المنفعة معلومة فصح العقد.

قال: **ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبيّن ما يعمل فيها**.

لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه. وإنه لا يتفاوت فصح العقد.[2]

قال: **وله أن يعمل كلّ شيء إلا الحدّاد والقصّار والطحّان**.

لأن فيه ضرراً ظاهراً. لأنّه يوهن البناء فيقيد العقد بما وراء ما يوهن البناء دلالة. قلت وفي أكثر النسخ إلا الحدّادة والقصارة والطحّانة وهو الصواب. لأنّه ذكر[3] في المغرب الحدّادة بالكسر صناعة الحدّاد. وقوله له أن يعمل فيما بدا له من الأعمال ما خلا وضع الرحى والحدّادة والقصارة. لأنّ تلك الأعيان ليست من أعماله. قلت وللأول أيضاً وجه صحة. وهو حذف المضاف أي إلا عمل الحدّاد والقصّار والطحّان. ط[4] وله أن يربط فيها دابّة. قال مشايخنا إنّما يكون له ربط الدوابّ إذا كان فيها مربط. وإلا فلا. واختلف في موضع الرحى فقيل أراد به رحى الماء ورحى الثور لا رحى اليد. وقيل يمنع عن الكلّ والأصحّ أن رحى اليد إن أضرّ بالبناء يمنع. وإلا فلا. قلت فعلى هذا يمنع دقّاق الأرز من دقّه فيها. لأنّه أضرّ من الرحى. ط[5] ويمنع من كسر الحطب فيها. وقيل لا يمنع من المعتاد. ولو استأجرها للحدّادة فأقعد فيها قصّاراً جاز إذا لم يكن القصّارة أضرّ. والرحى على هذا. ولو استأجر للسكنى مطلقاً وأقعد فيها حدّاداً وانهدم شيء من البناء ضمن قيمته. ولا أجر عليه فيما ضمن. وإن لم ينهدم شيء منه لا أجر عليه قياساً. ويجب المسمّى استحساناً. وإن اختلف والمستأجر في اشتراط الحدّاد ونحوها فالقول للآجر والبيّنة على المستأجر.

قال: **ويجوز استئجار الأراضي للزراعة**.

---

[1] ف : – تصير

[2] ف : – العقد

[3] ف : – ذكر

[4] ط : المحيط

[5] ط : المحيط

لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها. هـ[1] وللمستأجر الشرب والطريق. لأنّ الإجارة بعقد الانتفاع. ولا انتفاع إلا بهما. فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع. لأنّ المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع به حتّى جاز بيع الجحش[2] والأرض السبخة.[3] و لم يجز إجارتهما.[4]

قال: **ولا يصحّ العقد حتّى يسمّى ما يزرع فيها أو يقول على أن يزرع[5] ما شاء.**

بخلاف الدور والحوانيت. لأنّ الأراضي قد تستأجر للزراعة ولغيرها. ومنافع الزراعة تختلف اختلافاً فاحشاً. فلا بدّ من التعيين كيلا تقع المنازعة أو التعميم ليرتفع الجهالة المفضية إلى المنازعة. والسكنى لا يتفاوت إلا قليلاً. ولأن المضرّ ثمّ نوع معلوم فيكون مستثنى دلالة ولا كذلك المضرّ من الزرع. لأنّه يتفاوت [٢١١/ب] بتفاوت الأراضي. ط[6] ولو لم يعيّن الزرع و لم يعمّم فالإجارة فاسدة. فإن زرعها نوعاً من هذه الأنواع ومضت السنة فالقياس أن يجب أجر المثل. وفي الاستحسان يجب المسمّى وينقلب العقد جائزاً.

قال: **ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً.**

لأنها منفعة مقصودة معلومة فجاز كالسكنى.

قال: **فإذا انقضت مدّة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة.**

وقال الشافعي إنّما يطالبه بالقلع إذا شرط القلع فيها بعد المدّة. فإن أطلق العقد فالمالك بالخيار. إن شاء طالبه بالقلع. وضمن نقصانه. وإن شاء أعطاه القيمة وملك الغرس. وإن شاء تركه بأجر المثل نظرا للجانبين كالزرع. ولنا أن الزرع له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين بخلاف البناء والغرس. لأنّه لا نهاية لهما وفي الإبقاء ضرر بيّن المالك[7] فافترقا.

قال: **إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً فيملكه.** هـ[8]

لسان العرب ٦/٢٧٠.

٣ السبخة تنبت الطرفاء والحبل الرقيق من الرمل المستطيل مع الأرض أو المكان المرتفع. القاموس المحيط

الانتفاع. تبيين الحقائق ١٤/٣٨٥.

٥ ق : + فيها

٦ ط : المحيط

٧ أ : بالمالك

٨ ه : هداية

وهذا برضاء صاحب الشجر إلا أن ينقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملّكها بغير رضاه. لأنّه صار تبعاً للأرض وفي قلعه ضرر.

قال: **أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا.**

لأن الحقّ له. فله أن لا يستوفيه. شق[1] لأنّ الأرض تصير عارية في يده بهذا. قلت وفيه إشارة إلى أنه يبقى بغير آجر بخلاف الزرع.

قال: **ولهما أن يؤاجرهما من أجنبي ويقسما الأجر[2] على قيمة الأرض من غير بناءٍ وقيمة البناء من غير أرض فيأخذ كلّ منهما حصة ملكه.** جص[3]

إذا انقضت المدّة وفي الأرض رطبة تقلع. لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر.

قال: **ويجوز استئجار الدوابّ للركوب والحمل.**

لما روي أن رجلاً قال للنبي عليه السلام إني أكري إبلي إلى مكة فهل لي من حج فنزل قوله تعالى ﴿ **ليس عليكم جُناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم** ﴾[4] ولأنها منفعة.

قال: **فإن أطلق الركوب جاز له أن يركبها من شاء وكذلك أن يستأجر ثوباً للّبس وأطلق.**

قلت ذكر الإطلاق في المسألتين. وأراد به التعميم. وهو أن يقول على أن يركب من شاء أو يلبس من شاء. وقد نصّ عليه أبو نصر الأقطع في شرحه إنّما يريد به إذا وقع العقد على أن يركبها من شاء. لأنّه إذا أطلق الركوب فعقد الإجارة فاسد. لأنّ الركوب يختلف اختلافاً كثيراً فصار كالجنسين. وكان المعقود عليه مجهولاً بخلاف ما إذا قال على أن يركب من شئت. لأنّه أسقط الجهالة المفضية إلى المنازعة فجاز كما مرّ في الأرض. قال شق[5] ومسألة اللبس ومثل مسألتنا سواء. قلت وفي فصل الإطلاق إذا استوفى المنفعة يجب [٢١٢/أ] أجر المثل قياساً والمسمّى استحساناً كما مرّ في مسألة الدار والأرض وكمن استأجر دابّة للحمل و لم يعيّن الحمل ثمّ[6] حمل فعلى القياس والاستحسان. هـ[7] فإن أطلق الركوب جاز أن يركب من شاء.

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[2] ق : الأرض
[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[4] البقرة ١٩٨/٢
[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[6] ف : - ثم
[7] ه : هداية

لكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب. لأنّه تعين من أداء من الأصل. والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نصّ على ركوبه. وكذا اللبس.

قال: **فإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره كان ضامناً إن عطب.**

لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين فصار بغيره غاصباً فضمن.

قال: **وكذلك كلّ ما يختلف باختلاف المستعمل.**

لما بيّنا. فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل.[1]

قال: **فإذا شرط سكني واحد بعينه فله أن يسكن غيره.**

لأنه بمترلة جنس واحدٍ من المنفعة فلم يكن التقييد مفيداً لانتفاء التفاوت والمضرّ بالبناء خارج عن العقد لما بيّناه. قلت فإذا جاز له أن يسكن غيره جاز في المستأجر الإعارة والإجارة. ط[2] قال محمد للمستأجر أن يؤاجر البيت المستأجر. والأصل عندنا أن المستأجر بملك الإجارة فيما لا يتفاوت الناس فيه. فإن آجره بجنس الأجرة بأكثر منها. فإن زاد في الدار والعقار زيادة قائمة كالتخصيص في الدار والمسناة في العقار يطيب له الفضل. وكذا إذا آجر معه شيئاً آخر. وإلا فلا يطيب له الفضل عندنا خلافاً للشافعي. وإن آجره بجنس آخر يطيب الفضل بالإجماع. والمعتبر هو الزيادة القائمة حتّى لو نقل التراب المنافع من الزراعة حتّى تيسر زراعتها لم يكن زيادة وفي كرى الأنهار اختلاف المشايخ. ولو آجر المستأجر الدار المستأجرة آجره لم يجز. ولا ينفسخ الأولى بالثانية. وهو الأصحّ. ولو زاد فيه المستأجر بناء ونحوه. ثمّ آجرها من الآجر ينتقض الأولى وعلى ربّ الأرض حصة بناء المستأجر من الآجر. وفي الإجارة الطويلة إذا آجرها شهراً من المؤجر اختلاف. وقيل ينتقض الأولى في حقّ ذلك الشهر. ولو آجره المستأجر ثمّ آجره الثاني من المالك جاز. وعن محمد لا يجوز ومثله في الغاصب.

قال: **وإن سمّى نوعاً وقدراً يحمله على الدابّة مثل أن يقول "خمسة أقفزة حنطة" فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقلّ كالشعير والسمسم. وليس له أن يحمل ما أضرّ من الحنطة كالملح.**

وأصله أن من استحقّ منفعة مقدّرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو أقلّ منها جاز. وإن[3] استوفى أكثر منها لم يجز. لأنّه أنّما يثبت حكم التعيين في العقود إذا كان له فائدة. وإلا فلا حتّى لو استأجرها ليحمل

---

[1] ف : - فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل

[2] ط : المحيط

[3] ف : ولو

عليه مائة مِن من[1] حنطة زيد [٢١٢/ب] فحملها مائة من غيره أو مائة خريفية فحملها ربيعية أو على عكسه جاز لاتحاد الضرر. وإن استوفى أكثر منها أو أضرّ لم يجز لاختلافه وعدم الرضا به. وإن استأجرها ليحمل عليها قفيز حنطة فحملها قفيز شعير جاز. لأنّه أخفّ. ولو حمل عليها قفيز ملح لم يجز. لأنّه أثقل وأضرّ.

قال: **وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً.**

لأنه ربما يكون الحديد أضرّ على الدابّة. فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط عليه. **شق**[2] وإن فعله ضمن ولا أجر عليه. وكذا على عكسه. لأنّه يكون القطن أضرّ في يوم الريح. **ط**[3] ولو استأجرها ليحمل عليها تبناً أو حطباً أو قطناً أو رملاً أو حديداً أو لبناً فحمل بمثل وزنها حنطة أو شعيراً لا يضمن.

قال: **وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل.**

لأن الدابّة قد يعقرها حمل الراكب الخفيف. ويخفّ عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية. ولأن الآدمي غير موزون. فلا يمكن معرفة وزنه. فاعتبر عدد الراكبين كعدد الجناة في الجنايات. **ه**[4] **شق**[5] وإذا لم تطق[6] مثل تلك الدابّة حمل رجلين فعليه جميع قيمتها. لأنّه تعمد إتلافها. **ط**[7] ولو أردف معه صغيراً لا يستمسك على الدابّة ضمن بقدر ثقله. وإن كان الصبي يستمسك عليها ضمن نصف القيمة. **جص**[8] من استأجرها إلى القادسية فأردف رجلاً خلفه فعطبت ضمن بقدر الزيادة. ثمّ قال بعده واعتبر فيها الحزر والظن. وفي القدوري النصف سواء كان أخفّ أو أثقل. قال البزدوي وحاصله أن تعتبر الحزر والظن. فإن أشكل تعتبر العدد. ولو حمل مع نفسه شيئاً آخر وتلفت يضمن بقدر الزيادة. يحزر القاضي الراكب. ويزن الحمل أو يرجع إلى من له بصارة بقدر زيادة الحمل على الراكب. ولو ركب على الحمل يضمن جميع قيمتها فعلى قياس هذا إذا حمل رجلاً أو صبياً مستمسكاً على عاتقه يضمن جميع قيمتها. ولو استأجرها ليركبها ثمّ لبس من الثياب أكثر مما عليه ضمن. وإن لبس ما يلبسه الناس ضمن بحساب ما زاد. ولو حمل عليها صبياً صغيراً فعثرت من حمله ضمن. ولو استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الخمر

---

[1] ف : – من

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ط : المحيط

[4] ه : هداية

[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[6] أ، ف، ق : لم يطق

[7] ط : المحيط

[8] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

ضمن[1] بقدر ما زاد بالإجماع. وإن كان الثاني أخفّ أو مثله لم يضمن. وهكذا الحكم في الإكاف.[2] ولو استأجرها بإكاف فأسرجه لم يضمن. وعلى عكسه ضمن. قيل هذا قول أبي حنيفة. وقالا يضمن بقدر ما زاد. ص[3] بقدر ما زاد من غير ذكر خلاف. ولو كان الحمار لا يوكف بمثل هذا الإكاف أو لا يوكف أصلاً ضمن في قولهم جميع القيمة. ولو استأجره عرياناً فأسرجه وركبه ضمن. قيل هذا في مسافةٍ وراكبٍ[٢١٣/أ] يركبه عرياناً. وإلا فلا يضمن للإذن دلالة. والأصحّ في فصل ضمان جميع القيمة. ولو استأجرها بغير لجام فألجمها لم يضمن إذا كانت تلجم مثلها. وإلا فيضمن.

قال: **وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل أكثر منه ضمن ما زاد الثقل.**

لأنه عطف بما هو مأذون فيه وبما ليس بمأذون فيه. والسبب هو الثقل فينقسم عليها.[4] ولو كانت الدابّة لا يطيق الزيادة ضمن جميع قيمتها في جميع ما مرّ من الفصول. ولو استأجرها ليكرب بها[5] جريباً فكرب جريباً وثلثاً وهي تطيق كرابه أو ليطحن بها قفيزين من الحنطة فطحن قفيزين ونصف أو ليركبها إلى فرسخين فركب أكثر فعطبت ضمن جميع قيمتها في هذه الفصول. لأنّ المأذون فيها قد تمّ فصار في الزيادة غاصباً.

قال: **وإن كبح الدابّة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة.**

وقالا لا يضمن استحساناً. إذا فعل فعلاً متعارفاً لدخوله تحت مطلق العقد فكان مأذوناً. ولأبي حنيفة أن الإذن مقيّد بشرط السلامة. لأنّه يتحقّق الشوق بدونه. وإنما هما للمبالغة فيتقيّد بوصف السلامة كالمرور في الطريق. ولو استأجرها ليركبها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثمّ ردّها إلى الحيرة فنفقت فهو ضامن. وكذا العارية. قيل تأويله إذا استأجرها إلى الحيرة ذاهباً لا جائياً لانتهاء العقد حينئذ بالبلوغ إليها. أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فهو بمنزلة المودع إذا خالف ثمّ عاد إلى الوفاق. وقيل يضمن في الحالين بخلاف المودع. لأنّه مأمور بالحفظ مقصوداً فبقى الأمر بعد الخلاف فبالوفاق حصل الردّ إلى يد ثابت المالك بخلاف الإجارة والعارية. وهذا أصحّ. ط[6] قد[7] وقال أبو يوسف ومحمد استأجرها إلى مكان معلوم. فلما سار بعض الطريق جحد الإجارة وادّعاها لنفسه وصاحبها يدّعي الإجارة. فإن نفقت من ركوبه فلا ضمان. وإن نفقت قبل أن يركب ضمن. ولو تمّت المسافة فجاء بها للردّ فتلفت ضمن فقد جعلاه ضامناً

---

[1] ف : فضمن

[2] إِكَافُ الحمار ووكافه والجمع أُكُفٌ وقد آكَفَ الحمار و أَوْكَفَهُ أي شد عليه الإكاف. الجوهري الصحاح ٢٠/١.

[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[4] ف، ق : عليهما

[5] ف : - بها

[6] ط : المحيط

[7] قد : شرح قدوري كبير

بالجحود. ثمّ أسقطا عنه الضمان بالركوب. قال محمد لأنّه ليس لربّ الدابّة أخذها منه. فلم يكن بجحوده مانعاً حقّه بخلاف الوديعة. لأنّ ثمة صاحبها[1] أخذها. فبالجحود منعها منه. ولو استأجر ثوباً ليلبسه ويذهب إلى مكان كذا فلبسه في البيت و لم يذهب قال أبو بكر هو مخالف ولا أجر عليه. وقال أبو الليث عليه الأجر بخلاف ما إذا استأجر دابّة ليركبها إلى كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف. ولو استأجرها يوماً لنقل الطعام من موضوع فكان يركبها عند العود إلى موضع الطعام فعطبت ضمن قياساً لا استحساناً. [٢١٣/ب] وإن سلّم الحمار حتّى تمّ العمل فعليه الأجر المسمّى . وكذا الجواب فيما ذكرنا من صور الخلاف إذا استوفى المعقود عليه.[2]

[1] ق : لصاحبها
[2] ف : - عليه



١١. ١ باب في الأجراء

قال: **والأجراء على ضربين. أجير مشترك وأجير خاص. فالمشترك من لا يستحقّ الأجرة حتّى يعمل كالقصّار والصبّاغ.**

لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامّة. لأنّ منافعه لم تصر مستحقّة لواحد. فمن هذا الوجه يسمّى مشتركاً. ط[1] اختلف في الحدّ الفاصل بينهما. فقيل المشترك من يستحقّ الآجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل والخاصّ من يستحقّه بتسليم نفسه ومضى المدّة. وقيل المشترك من يتقبّل العمل من غير واحد. والخاصّ من يتقبّله من واحد. وإنما يعرف استحقاق الأجر بالعمل على العيان بإيقاع العقد على العمل. وهو خياطة هذا الثوب أو قصارته بدرهم فيستحقّه به. وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم نفسه ومضى المدّة بإيقاع العقد على المدّة كما لو استأجر شهراً ليخدمه والإجارة على العمل المعلوم يصحّ بدون بيان المدّة. والإجارة على المدّة لا يصحّ إلا ببيان نوع العمل. ولو جمع بين العمل وبين[2] المدّة فإن ذكر العمل أولاً يجوز أن يستأجر لرعي غنم مسمّاة بدرهم شهراً فهو مشترك إلا إذا كان في آخر كلامه ما يدلّ على الوحدة بأن قال على أن لا يرعى غنم غيري مع غنمي وإذا ذكر المدّة أولاً يجوز أن يستأجره شهراً ليرعى له غنماً مسمّاة بدرهم فهو خاصّ إلا إذا نصّ في آخره بما هو حكم المشترك فيقول ويرعى غنم غيري مع غنمي.

قال: **والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن[3] عند أبي حنيفة ويضمنه عند أبي يوسف ومحمد.**

وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن عمر وعلياً ﵄ كانا يضمنان الأجير المشترك. ولأن الحفظ مستحقّ عليه. لأنّه لا يمكنه العمل إلا به. فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمن كالوديعة إذا كانت بأجر. ولأبي حنيفة وهو قول زفر والحسن أن العين أمانة في يده. لأنّ القبض حصل بإذنه. ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرّز عنه لا يضمنه إجماعاً. ولو كان

---

[1] ط : المحيط
[2] أ : - بين
[3] ف، ق : + شيئا

مضموناً لضمنه كالغصب. والحفظ مستحقّ عليه تبعاً لا مقصوداً. ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر. فإن أجره مقابل تحفظه. **شق**[1] روى عن علي ﷺ أنه ما كان يضمن الأجير المشترك. وما روي من تضمينها محمول على ما تلف بعمله. **شق**[2] **هـ**[3] **ط**[4] ولو تلف بما لا يمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب والعدوّ والمكابر والموت حتف أنفه لا يضمن عندهم جميعاً.

قال: **وما تلف بعمله[5] كتخريق الثوب من دقّه[6] وزلق الحمال وانقطاع الحبل [٢١٤/أ] الذي يشدّ به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدِّها[7] مضمون.**

وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه. لأنّه أمره بالفعل مطلقاً. فينتظم النوعين السليم والمعيب. وصار كأجر الواحد ومعين القصّار. ولنا أن الداخل تحت الإذن ما دخل تحت العقد. وهو العمل الصالح. لأنّه هو الوسيلة إلى الأثر. وهو المعقود عليه حقيقة حتّى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن مأذوناً فيه بخلاف المعين. لأنّه متبرع. فلا يمكن تقييده بالمصالح.[8] لأنّه يمتنع عن التبرع. وإنه يعمل بالأجر فأمكن تقييده. وبخلاف أجير الواحد على ما بيّنته إن شاء الله تعالى.

قال: **إلا أنه لا يضمن بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابّة لم يضمنه. هـ**[9]

وإن كان يسوقه وقوده.[10] لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد. وإنما يجب بالجناية. ولهذا يجب على العاقلة. وضمان العقود لا يجب على العاقلة. **ط**[11] لو غرقت السفينة من يد الملاّح. فإنما يضمن المتاع الذي فيه إذا لم يكن صاحب المتاع في السفينة. فإن كان هو في السفينة أو وكيله أو في سفينة أخرى فيها أيضاً متاعه وهما مقرونتان ويسيران معاً فلا ضمان عليه.[12] وكذا في السفن إذا كانت تنزل ويسير معاً وإن تقدم بعضها بعضاً. وكذا القصّار إذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمّال . ولو

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

العاقلة والعاقلة

فلا ضمان عليه

عثرت الدابّة من سوق الأجير فسقط الحمل وصاحبه راكب عليه لم يضمن الأجير المشترك. ولو كان على الدابّة عبد صغير لربّ المتاع فعثرت فوقعا فهلكا يضمن الحمل دون المملوك. وإن كان الهلاك من جناية يده قالوا إنّما يضمن المتاع عند أبي حنيفة إذا لم يصلح العبد للحفظ. فإن صلح لحفظ لا يضمنهما. وكذا في السفينة.

قال: **وكل ما هلك من غير صنع الأجير المشترك إنّما يجب عليه ضمانه عندهما إذا صار العين مسلماً إلى الأجير.**

حتى قال محمد إذا كان ربّ المتاع والمكاري راكبين على الدابّة المستأجرة أو سائقين أوقائدين فعثرت وهلك المتاع لا ضمان على المكاري. وعن أبي يوسف سرق المتاع من رأس الحمّال وربّ المتاع معه لم يضمن. وعن أبي يوسف استعان الحمّال بربّ الفرق فرفعاه وسقط وهلك لم يضمن. ولو كان الرفع بعد الوضع في الطريق ضمن. ولو وصل إلى بيته فأنزلاه فهلك ضمن عند أبي يوسف. وبه محمد أولاً ثمّ رجع. وقال لا يضمن. وقيل يضمن النصف. وبه يفتى. ولو استأجر من يحمل له دناً من الفرات فعثرا في الطريق فانكسر. فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله. ولا أجر له لعدم العمل. وإن شاء ضمنه قيمته في مكان الكسر. وأعطاه الأجر بحسابه. ن[1] نزل الجمّال في مفازة مع تمّيأ الانتقال له فهلك المتاع بسرقة أو مطر ضمن تأويله إذا كانت السرقة والمطر غالباً. ن[2] دفع إليه كرباساً قد يسبح بعضه فسرق منه أو الخيّاط [٢١٤/ب] ففضل من القميص قطعة منه أو صرماً إلى خفاف ففضل من الخفّ قطعة وسرقت يضمن عندهما. قلت وقد أدركت مشايخنا بخوارزم وفتاوى أئمة بخارى في مواضع الخلاف في الأجير المشترك متّفقة على أنه يصالح بينهما بنصف الضمان.

قال: **والأجير الخاصّ هو الذي يستحقّ الأجر بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم.**

وإنما سمّي خاصّاً. لأنّه ليس له في مدّة الإجارة أن يعمل لغيره.

قال: **ولا ضمان على الأجير الخاصّ فيما تلف في يده وما تلف من عمله.**

أما الأوّل فلأن العين أمانة في يده لقبضه بإذنه لا على وجه التمليك والوثيقة. وكذا عندهما. لأنّ تضمين الأجير المشترك نوع استحسان صيانة لأموال الناس. فإنه لا يوجد في الخاصّ. لأنّه يسلم نفسه. ولا يسلم المال. وأما ما تلف بعمله فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر. فإذا أمره بالتصرف في ملكه

---

[1] ن : النوازل
[2] ن : النوازل

صحّ وصار نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه. كأنه فعل بنفسه ولا يضمن. ط[1] ساق غنماً واستعجل عليها فعثرت فانكسر رجلها أو اندقّ عنقها ضمن اتفاقاً. وإن تناطحت أو تواطأت من سياقه ضمن الأجير المشترك. وكذا الخاصّ إذا كانت الأغنام لرجلين أو ثلاثة بأن استأجره ثلاثة شهراً لرعي غنمهم. وإن كانت الأغنام لواحد لم يضمن. ففرق في الخاصّ بين ما إذا كانت الأغنام لواحد وبين ما إذا كان أكثر.

قال: **وإذا فصد الفصاد أو بزغ[2] البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه.**[3]

لأنه لا يمكن التحرّز عن السراية. لأنها تبتني على قوّة الطباع وضعفها في تحمل الألم. فلا يمكن التقيد بالمصلح من العمل بخلاف دق الثوب. لأنّ قوّة الثوب ودقته معاينة. فأمكن القول بالتقييد. ولأنه فعل ما أذن له ولا يعلم تولد الموت منه فلا يضمن.

قال: **والإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع.**

لأنها عقد معاوضة محضة كالبيع. شق[4] قال أصحابنا يجوز شرط الخيار في الإجارة كالبيع خلافاً للشافعي. ط[5] شارط قصاراً على أن يقصر له ثوباً مروياً بدرهم ورضي به فلما رأى القصّار الثوب قال "لا أرضى به" فله ذلك. وكذا الخيّاط. والأصل فيه أن كلّ عمل يختلف باختلاف المحلّ يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحلّ وما لا فلا كمن استأجره ليكيل له هذه الحنطة أو يحجمه فلما رأى محلّ العمل امتنع ليس له ذلك. م[6] استأجره بدرهم على أن يحلج له قطناً معلوماً مسمّى جاز إذا كان القطن عنده. وكذا إذا قال "ليقصر لي مائة ثوب هروي إذا كانت عنده" والأصل أن لا يستأجر على عمل في محلّ هو عنده جائز. وما ليس عنده فلا كبيع ما ليس عنده.

قال: **ومن استأجر [٢١٥/أ] عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك عليه.**[7]

لأن خدمة السفر أشقّ فصار في حكم الجنسين فلا يستحقّ بالعقد إلا ما شرط فيها أو دلّت عليه الحال.

قال: **ومن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد. فإن شاهد الجمّال المحمل فهو أجود.**

---

[1] ط : المحيط

[2] بزغ البيطار أشاعر الدابة ورهصها إذا شق ذلك المكان منها بمبضعه. لسان العرب ٤١٨/٨.

[3] ق : + فيما عطب من ذلك

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[5] ط : المحيط

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] ق : - عليه

لأن المحمل غير مقصود بالكراء. وإنما يراد للترقه. فلا يقف العقد على مشاهدته كالظلال وسرج الدابّة وإكافها. ومشاهدة المحمل وتسمية ما يغطى به أجود لزوال الجهالة في المغرب المحمل بفتح الميم الأوّل وكسر الثاني أو على العكس. وهو الهودج الكبير الحجاجي. وتسمية البعير به فجاز.

قال: **وإن[1] استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يردّ عوض ما أكل.**

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يستبدل للعرف. ولنا أنه استحقّ عليه الأجير حمل قدر معلوم من الزاد فله ردّ مثله قدراً وضرراً كما إذا نقص ابتداء أو سرق وكالماء وما ذكر من العرف فمشترك.

قال: **والأجرة لا تجب بالعقد. وتستحق بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه**[2]

وقال الشافعي تجب. لأنّ المنافع المعدومة جعلت موجودة حكماً لتصحيح العقد فثبت حكمه في بدله كالمهر. ولنا قوله ﷺ « **ثلاثةٌ أنا خصمُهم يوم القيامةِ رجلٌ استأجرَ أجيراً فاستَوْفى عملَه ولم يوفه أجرَه** »[3] فذمّه على منع الأجر بعد استيفاء العمل. فدلّ على الوجوب بعد استيفاء المنفعة. ولأن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بيّنّا والعقد معاوضة. فاقتضى المساواة في العوضين. فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر. فإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الآخر للتسوية. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل. لأنّ المساواة ثبت حقّاً له وقد أبطله. **شط**[4] وفي تمليك الأجرة المعجلة أو باشتراط التعجيل في الأجارة المضافة روايتان.

قال: **ومن استأجر داراً فللمؤاجر أن يطالبه بأجرة كلّ يوم إلا أن يبيّن وقت الاستحقاق.**[5]

وقال زفر وهو قول أبي حنيفة الأوّل. لا يجب إلا بعد انتهاء المدّة والسفر ولو كان مائة سنة. لأنّ المعقود عليه جملة المنافع. فلا يتوزّع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل.[6] وعن أبي يوسف

---

[3] البخاري الصحيح "**بيوع**" **١٠٦**؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" **٤**؛ أحمد بن حنبل

[4] شرح الطحاوي

مثله. ولنا أن القياس أن تجب ساعة فساعة لملكه المبدل فيها. لكنّه يؤدّي إلى الضرر فقدّرناه باليوم استحساناً. لأنّ اليوم مقصود بالانتفاع. وكذلك إجارة الأراضي.

قال: **ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كلّ مرحلة.**

لأن سير كلّ مرحلة مقصود. ولا يتضرّر بمطالبته. وهو على الخلاف [٢١٥/ب] الذي بيّنّا وعن أبي يوسف إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجر بحسابه استحساناً.

قال: **وليس للخيّاط والقصّار أن يطالب بالأجرة حتّى يفرغ من العمل.**

لأنّ العمل في البعض غير متنفع به. فلا يستوجب به الأجر. وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بيّنّاه إلا أن يشترط التعجيل لما بيّنّا أن الشرط فيه لازم. ط[1] إذا عمل الخيّاط والصبّاغ في بيت صاحب المال فالجواب فيه كالجواب في الجمّال يجب الأجر بقدر ما استوفى إذا كان له حصة معلومة. وفيه الأجر لا يجب بالعقد عيناً كان أو ديناً إلا بعد استيفاء المنفعة. ص[2] لا يملك العين ويملك الدين. ويكون كالدين المؤجل. والأول أصح.

قال: **ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحقّ الأجرة حتّى يخرج الخبز من التنور.**

لأن تمام العمل بالإخراج. شق[3] معناه لا يستحقّ جميع الأجرة حتّى لو خبز البعض استحقّ بقدره من الأجرة. لأنّه فعل مقصود ينتفع به فاستحق الأجر بقدره. ه[4] فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم. فإن أخرجه ثمّ احترق بغير فعله فله الأجر. لأنّه صار مسلماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه. لأنّه لم يوجد الجناية. قال وهذا عند أبي حنيفة. لأنّه أمانة في يده. وعندهما يضمن مثل دقيقة ولا أجر له. لأنّه مضمون عليه. فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم. وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر.

والتمرتاشي

: الأصل لمحمد بن الحسن

٣ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٤ ه : هداية

قال: **ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة والغرف عليه.**[1]

اعتباراً للعرف ولأن الغرف من معظم مقاصد هذا العمل حتّى لا يقوم به إلا من له مهارة فيه فيدخل في العقد دلالة.

قال: **ومن استأجر رجلاً ليضرب له لبناً استحقّ الأجرة إذا أقامه عند أبي حنيفة. وقالا لا يستحقّها حتّى يشرجه.**

في المغرب تشريج اللبن تنضيده وضمّ بعضه إلى بعض وجه قولهما أن التشريج من تمام عمله. لأنّه لا يؤمن الفساد قبله فشابه الإخراج من التنور. ولأنه متعارف أيضاً. ولأبي حنيفة أن العمل قد تمّ بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل. ولهذا ينتفع به قبل التشريج بخلاف الخبز. لأنّه غير منتفع قبل الإخراج. ط[2] استأجره ليضرب له لبناً في داره وعين الملبن أو سمّي ملبناً معلوماً جاز. وإن لم يعيّن الملبن ولم يسمّ ملبناً معلوماً. فإن كان لبلدهم ملبن واحداً وملابن وغلب استعمالهم لأحدها جاز. وإلا فلا. فإن لبنه[3] في دار المستأجر وأصابه مطر قبل الرفع فأفسده لا شيء له من الأجر بخلاف ما إذا خاط بعض الثوب في دراهم سرق أو استأجره ليحفر له بئراً في داره [٢١٦/أ] فحفر بعضه فانهار أو رفع بعض البناء في داره ثمّ انهدم فإنه يستحقّ الأجر بقدر العمل. ولو استأجره ليطبخ اللبن في أتون[4] المستأجر فالإخراج عليه حتّى لو هلك بعد الطبخ قبل الإخراج لا أجر له.

١١. ١. ١ فصل في الإجارة على أحد الشرطين

قال: **وإن قال للخياط[5] "إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم. وإن خطته رومياً فبدرهمين" جاز. وأي العملين عمل استحقّ الأجرة.**

وكذا إذا قال لصبّاغ "إن صبغته بعصفر فبدرهم. وإن صبغته بزعفران فبدرهمين." هـ[6] وكذا إذا خيّره بين الشيئين بأن قال "آجرتك هذا الدار شهراً بدرهم" أو "هذه الأخرى بدرهمين" وكذا إذا قال "آجرتك هذه الدابّة إلى الكوفة بكذا" أو "إلى واسط بكذا." وكذا إذا خيّره بين ثلاثة أشياء. وإن خيّره بين

: هداية

أربعة لم يجز اعتباراً بالبيع لدفع حاجة الناس غير أنه لا بدّ من اشتراط الخيار في البيع. وفي الإجارة لا يشترط ذلك. لأنّ الأجر أنّما يجب بالعمل. وعند العمل يصير المعقود عليه معلوماً. وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد. فيتحقّق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات[1] الخيار خلافاً لزفر والشافعي فيها.

قال: **وإن قال "إن خطته اليوم فبدرهم. وإن خطته غداً فبنصف درهم" فإن خاطه اليوم فله درهم. وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة. ولا يجاوز به نصف درهم. وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان.**

وقال زفر الشرطان فاسدان. لأنّ الخياطة شيء واحد. وذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولاً. وهذا لأنّ ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفية. فيجتمع في كلّ يوم تسميتان. ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت. وذكر الغد للتعليق. فلا يجتمع تسميتان. ولأن التعجيل والتأخير مقصود. فنزل منزلة اختلاف النوعين. ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة. ولا يمكن حمل اليوم على التوقيت. لأنّ فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل. وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصحّ الأوّل ويجب المسمّى ويفسد الثاني. ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم. لأنّه هو المسمّى في اليوم الثاني. وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم. ولا ينقص من نصف درهم. لأنّ التسمية الأولى لا ينعدم في اليوم الثاني. فيعتبر لمنع الزيادة. وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان. وإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة. هو الصحيح. لأنّه إذا لم يرض بالتأخير في الغد فبالزيادة عليه أولى. شق[2] ولو قال[3] "خطْ هذا الثوبَ اليوم ولك درهمٌ"[4] لم يصحّ لجهالة المعقود عليه. إنه المدّة أو العمل.

قال: **ولو قال "إن سكنت[5] في هذا الدكان عطّاراً فبدرهم في الشهر.[6] وإن سكنتَه[7] [٢١٦/ب] حدّاداً فبدرهمَيْن" جاز. وأي الأمرين فعل استحقّ المسمّى فيه عند أبي حنيفة. وقالا الإجارة فاسدة.**

وكذا إذا استأجر بيتاً على أن يسكن فيه بدرهم. وإن أسكن فيه حدّاداً فبردهمين أو استأجر دابّة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبدرهم. وإن حمل عليها كرّ حنطة فبدرهمين جاز. ويحتمل

---

[1] ف : - إلا بإثبات

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] فإن الإمام الزاهدي قال في شرحه لمختصر القدوري نقلا عن شرح الأقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح. فتح القدير

التعجيل. المبسوط ١٨/٦٠.

[5] ق : أسكنت

[6] ف، ق : - في الشهر

[7] ق : أسكنته

الخلاف لهما أن المعقود عليه أحد الشيئن. وكذا الأجر أحد الشيئين. وإنه مجهول. والجهالة توجب بخلاف خياطة الرومية والفارسية. لأنّ الأجر يجب بالعمل. وعنده ترتفع الجهالة. أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم. فتبقى الجهالة. وهذا الحرف هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة أنه خيّره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصحّ كما في مسألة الفارسية والرومية. وهذا لأنّ سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحدّاد. ألا يرى؟ أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد. وكذا في أخواتها. والإجارة تعقد للانتفاع. وعنده ترتفع الجهالة. ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقلّ الأمرين للتيقّن.

قال: **ومن استأجر داراً "كلّ شهر بدرهم" فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمّى جملة شهور معلومة.**

لأن الأصل أن كلمة "كلّ" إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد لتعذّر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوماً وأجره معلوم فصحّ العقد فيه. وإذا تمّ كان لكلّ واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح. ولو سمّى جملة شهور معلومة جاز. لأنّ المدّة صارت معلومة.

قال: **فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صحّ العقد فيه.[1] ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن تنقضي. وكذلك كلّ شهر يسكن في أوله.**

لأنّه تمّ العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني. هذا هو القياس. ومال إليه بعض المشايخ. وظاهر الرواية أنه يبقى الخيار لكلّ واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر ويومها دفعاً للحرج.

قال: **وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسمّ قسط كلّ شهر من الأجرة.**

لأن المدّة معلومة بدون التقسيم فصح كإجارته شهراً يصحّ. وإن لم يبيّن قسط كلّ يوم. وعلى هذا إذا آجرها سنين جاز. وإن لم يسمّ قسط كلّ سنة ثمّ يعتبر ابتداء المدّة مما سمّي. وإن لم يسمّ شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره. لأنّ الأوقات كلّها في حقّ الإجارة على السواء فأشبه اليمين بخلاف الصوم. لأنّ الليالي ليست بمحلّ له.

١١. ١. ٢ فصل فيما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

قال: **ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجّام.**

---

[1] أ : – فيه

أما الحمام فلأن تعارف الناس أسقط اعتبار جهالة [٢١٧/أ] المنافع لقوله ﷺ « **ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسَنٌ** »[1] وأما الحجّام فلما روي « **أنه** ﷺ **احتجم وأعطى الحجّامَ أجرَه** »[2] ولأنه استئجار لعمل معلوم بأجر معلوم[3] فيجوز.[4]

قال: **ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس. وهو أن يؤاجر فحلاً ليتزو على الإناث.**

لقوله ﷺ « **إن من السُّحت عسب التيْس** »[5] والمراد أخذ الأجر عليه. في المغرب نهى عن عسب الفحل. وهو ضرابه. يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسباً إذا قرعها.[6]

قال: **ولا يجوز الاستئجار على الأذان والإقامة[7] والحجّ.**

وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والغزو وسائر الطاعات. ولا يجوز استئجار البيت من المسلم للصلاة. وأصله أن كلّ طاعة يختصّ بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا. وعند الشافعي يصحّ في كلّ ما لا يتعين على الأجير. لأنّه استئجار على عمل معلوم غير متعيّن عليه فيجوز. ولنا قوله ﷺ « **إقرَءُوا القرآنَ ولا تأكُلوا به** »[8] وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ عثمان بن أبي العاص[9] رضي الله عنه « **وإن اتّخذْتَ**

---

١ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٧٩/١.

٢ البخاري الصحيح "**إجارة**" ١٨؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٦٥؛ أبو داود السنن "**إجارة**" ٣٨؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ١٠؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٩٠/١.

٣ وروي كسب الحجام سحت، الحديث كسب

١٢٧٧

مسلم الصحيح "**مساقاة**" ٤٠؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٤٦؛ النسائي السنن الكبرى "**صيد**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥١٢/٤.

٦ عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا إذا قرعها والمراد عن كراء العسب على حذف المضاف. المغرب ٦١/٢.

٧ ق : - والإقامة

٨ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/٣؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ١٦٨/٢؛ عبد الرزاق

الزركلي الأعلام ٢٠٧/٤.

مؤذّناً فلا تأخُذْ على الأذان أجراً »[1] ولأن كلّ قربة متى حصلت وقعت عن العامل. ولهذا يعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كالصوم والصلاة. هـ[2] وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني[3] في الأمور الدينية.[4] ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن. وعليه الفتوى. ط[5] استأجره ليعلّمه القرآن لا يجوز. ومعناه أنه لا ينعقد أصلاً حتّى لا يجب للأجير شيء بحال من الأحوال هذا جواب الكتاب. وكذا سائر الطاعات. ومشايخ بلخ جوّزوا الاستئجار على تعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة. وأفتوا بوجوب المسمّى وعند عدم الاستئجار أصلاً. والاستئجار بدون ذكر المدّة أفتوا بوجوب أجر المثل. ويجبر المستأجر على الأجرة الموسومة. وقال أبو بكر محمد بن الفضل البخاري كان أصحابنا المتأخّرون يجوّزونه. ويقول يجبر المستأجر على دفع الأجرة. ويحبس لها. وبه يفتي. وكذا جوّزوا الاستئجار على تعليم الفقه وفي روضة الزندويستي كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزي[6] يقول في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر.[7] ولو استأجره لكنس المسجد وغلق بابه وفتحه بمال المسجد جاز.

قال: **ولا يجوز الاستئجار على الغنا والنوح.**

وكذا سائر الملاهي. لأنه استئجار على المعصية. والمعصية لا تستحقّ بالعقد. ط[8] استأجره لحمل الخمر فله الأجر عند أبي حنيفة خلافهما. استأجره لحمل مشرك ميّت إلى بلدة أخرى. قال أبو يوسف لا أجر له. وقال محمد إن لم يعلم فله الأجر. ولو استأجره لينقله إلى مقبرة البلد يجوز. ولو آجر نفسه من مجوسي لإيقاد النار فلا بأس به. ولو استأجره لنحت [٢١٧/ب] الأصنام أو ليزخرف له بيتاً بتماثيل والأصباغ من ربّ البيت فلا أجر له. وكذا النائحة والمغنية. شس[9] استأجره لينحت له طنبوراً أو بربطاً يطيب له الأجر. لكنّه يأثم في الإعانة على المعصية. وكذا لو استأجره ذمّيّ ليبني له بيعة أو كنيسة. ولو

---

١ الترمذي السنن "**صلاة**" ٤١؛ ابن ماجه السنن

محمد الخبزاخزي ٥١٨ ه محمد بن محمد بن احمد بن عبد الله بن الفضل الخيزاخزي الحنفي أبو بكر فقيه. من آثاره امال البغدادي

الذخيرة. تبيين

التعليم. المحيط البرهاني ٨٣/٨.

٨ ط : المحيط

٩ شس : شرح السرخسي

استأجره لضرب الناقوس[1] لا يجوز. ولرعي الخنازير مختلف. ولبيع الميتة لم يجز. ولو استأجر من مسلم داراً للسكنى لا بأس وإن شرب الخمر فيه أو عبد الصليب أو أدخل الخنازير. ولو استأجر كتاباً يقرأ فيه شعراً أو فقهاً أو غيرهما أو مصحفاً لا يجوز. ط[2] ولو استأجره لتعليم عبده صناعة أو تجارة كالنسج ونحوه يجوز. لأنّ الإجارة تقع على القيام عليه والحفظ حتّى لو شرط عليه تعليم الحياكة[3] لا يجوز. لأنّه يقف على فهم العبد. وذاك ليس في وسعه. وامتناع جواز إجارة تعليم القرآن لهذا. والحيلة في جواز هذه الإجارة أن يشترط على المعلّم أو الأستاذ أن يقوم على ولده أو عبده شهراً في تعليم القرآن أو غيره أو بشرط المعلّم ذلك يجب أن يجوز. وإن لم يشرط كلّ واحد منهما على صاحبه شيئاً ودفعه على وجه الإجارة يعني في عمل لا يعمل بغير بدل فادعى الأستاذ الأجر على المولى وادعى المولى على الأستاذ يعتبر عادة أهل تلك البلدة في مثل هذه الصنعة فيجب أجر المثل على من يُعطيه عادة. ولو استأجر سمساراً لشراء الكرابيس ودلّالاً ليبيع له أو يشتري لا يجوز إذا لم يبيّن له أجلاً. ولو قال "بع هذا المتاع ولك درهم" ولو قال "اشتره لي ولك درهم" ففعل فله أجر مثله لا يجاوز به درهماً. وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل. وما تواضعوا أن من كلّ[4] عشرة دنانير كذا. فذاك حرام عليهم. ولو قال له "بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك" قال أبو يوسف إن باعه بعشرة أو لم يبعه فلا شيء له. وفي الزيادة أجرة مثله. وقال محمد له أجر مثل عمله وإن لم يبع. ولو قال الدلال "أعرضها على البيع. فإن بعتها فلك" فعرضه ولم يتمّ له الأمر فباعه دلال آخر ففي وجوب أجر مثل الأوّل بقدر غنائه اختلاف المشايخ. والفتوى على أنه لا شيء له كما قاله أبو يوسف ولو ضلّ شيئاً فقال "من دلّني عليه فله درهم." فدلّه إنسان فلا شيء له. وكذا لو قاله لرجل بعينه فدلّه من غير مشي. ولو مشى معه فله أجر مثله. ولو استأجره ليصيد له أو يحطتب له. فإن وقّت له وقتاً جاز. وإلا فلا. وإن لم يوقت وعين الحطب ففاسد إلا إذا كان الحطب ملكه. ولو استأجره ليهدم لبناء داره أو يبني حيطانه كلّ ذراع أو كلّ رهص[5] بكذا أو لكسر حطبه جاز. وإن لم يذكر الأجل وأصل جنس هذه المسائل أن العمل إذا كان معلوماً وأراد العامل الشروع في الحال أمكنه ذلك جاز بذكر العمل [٢١٨/أ] أو الأجل كالبناء والهدم وكسر الحطب ونحوه. وإلا فلا كمن استأجره ليذري كدسه[6] لا يجوز. لأنّه لا يقدر عليه في الحال.

الجوهري الصحاح ٦٨٨/١,

[2] ط : المحيط

[3] الحياكة حرفته قال الأزهري هذا غلط الحائك يحوك الثوب وجمع الحائك حوكة والحيك النسج. لسان العرب

لسان العرب ٤٣/٧.

[6] ف : - كدسه

قال: **ولا يجوز إجارة المشاع إلا من الشريك عند أبي حنيفة. وقالا إجارة المشاع جائزة.**

وهو أن يؤاجر نصيباً من داره نصفاً أو ثلثاً أو يؤاجر نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة. ولهذا يجب أجر المثل. والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايئ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز. وهذا لأنّ تسليم المشاع وحده لا يتصوّر. والتخلية أنّما يكون تسليماً لكونه تمكيناً من الفعل الذي يحصل به التمكّن. وإنه لا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكّن فيه. وأما التهايئ فإنما يستحقّ حكماً للعقد بواسطة الملك. وهو متراخ عنه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه. فلا يعتبر المتراخي سابقاً. فأما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع على أنه روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصحّ من شريكه أيضاً. وبه زفر. وبخلاف الشيوع الطاري. لأنّ القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما إذا آجر من رجلين. لأنّ التسليم يقع جملة. ثمّ الشيوع بتفرّق الملك فيما بينهما طاري. واختلف[1] فقيل لا ينعقد أصلاً. ولا شيء له. وقيل ينعقد فاسدة. ط[2] ولو آجر داره أو غيرها من رجل ثمّ تقائلا العقد في نصفه لا يبطل في النصف الباقي بالإجماع إلا في رواية نوادر عنه. ولو آجرها من رجلين أو آجراها من رجل ثمّ مات أحدهما[3] بطلت في نصيبه. وفي نصيب الحي تبقى صحيحة. وكذا إذا مات أحد المتكاريين. ولو استأجر علو منزله أو سفله ليمرّ فيه إلى سكنته لم يجز خلافهما. ص[4] ولا يجوز إجارة البناء دون الأرض. وذكر محمد في مواضع أنه يجوز. وبه يفتى.

قال: **ويجوز استئجار الظئر[5] بأجرة معلومة.**

لقوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾[6] ولأن التعامل كان جارياً به قبل عهد النبوة وفي عهدها أيضاً وأقرّهم عليه ثمّ اختلفوا فيه. فقيل العقد يقع على المنافع. وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحقّ تبعاً بمنزلة الصبغ في الثوب. وقيل العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة له. ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا أجر لها. والأول أصحّ. لأنّ الأعيان لا يستحقّ بعقد الإجارة إلا تبعاً كالصبغ. ولهذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز. وأما الإرضاع بلبن شاة فيستجيب عنه إن شاء الله تعالى.

قال: **ويجوز بطعامها وكسوهًا.**

---

[1] ف : - واختلف أ : + فيها

[2] ط : المحيط

[3] ف : - أحدهما

[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[5] الظئر بالكسر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له في الناس وغيرهم للذكر والأنثى. القاموس المحيط ٥٥٥/١.

[6] الطلاق ٦/٦٥

استحساناً عند أبي حنيفة. وإن لم يوصف من ذلك شيء ولها الوسط منه. وقالا [٢١٨/ب] لا يجوز. لأنّ الأجرة مجهولة كما في الخبز والطبخ. وله أن الجهالة هاهنا لا تفضي إلى المنازعة. لأنّ العادة جرت بالتوسعة على الأظار شفقة على الأولاد كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز. جص[1] فإن سمّى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز بالإجماع. ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم. ويدفع الطعام مكانه. ولو سمّى الطعام وبين قدره جاز أيضاً. ولا يشترط تأجيله. ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة خلافهما. ولا بدّ من ذكر الأجل في الكسوة. لأنّ الطعام يصلح ثمناً. فيجب في الذمّة والكسوة لا يجب في الذمة إلا بطريق السلم فيشترط الأجل فيه.

قال: **وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها**.

لأن الوطئ حقّ الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه. ألا يرى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنعه من غشيانها. لأنّ المنزل حقّه.

قال: **فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها**.

لأن لبن الحامل يضرّ بالصبي. ولهذا كان لهم الفسخ بمرضها.

قال: **وعليها أن تصلح طعام الصبي**.

لأن العمل عليها. فالحاصل أنه يعتبر العرف فيما لا نصّ عليه في مثل[2] هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك على الظئير. وما يذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئير فذلك من عادة أهل الكوفة.

قال: **فإن أرضعته في المدّة بلبن شاة فلا أجر لها**.

لأنها لم تأت بالعمل المستحقّ عليها. وهو الإرضاع. لأنّ هذا إيجار وليس بإرضاع. وإذا لم يأت بالمعقود عليه لا أجر لها. ط[3] ثم إذا شرط عليها في بيت الأب أرضعته في بيت الأب. وإلا يعتبر العرف فيه. ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق شيء من حلي الصبي أو ثيابه فلا ضمان عليها. وليس للظئير ولا للمسترضع فسخ هذه الإجارة إلا لعذر. والعذر لأهل الصبي أن لا يأخذ لبنها أو تقيّأ أو تحبل أو تمرض أو كانت سارقة أو فاجرة أو سيئة الخلق بذيئة اللسان أو أرادوا سفراً فأبت الخروج[4] معهم وعذر الظئير والحبل وإئذاء أهل الصبي إياها على الدوام أو لم تكن معروفة بالظؤورة بأن كان أوّل إجارة منها.

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] ق : – مثل
[3] ط : المحيط
[4] أ : الخرج

ويعاب عليها. وإن ألفها الصبي ولا يأخذ لبن غيرها. وهي لا تعرف بالظؤورة فلها الفسخ في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف ليس لها الفسخ إذا خيف على الصبي منه. شح[1] وبه يفتى. وتأويل قول محمد إذا كان الصبي ممن يعالج بالغذاء. أما إذا تعذر ذلك ولا يأخذ لبن غيرها فجواب [٢١٩/أ] محمد كجواب أبي يوسف. وبه يفتى. ولو استأجر ظئيراً شهراً وانقضى والصبي لا يقبل ثدي غيرها وهي تأبى قال محمد أجبرها على أن يرضعه بأجر مثلها. ولو آجرت نفسها للظؤورة بغير إذن زوجها فللزوج الفسخ في جميع الأحوال. هو الصحيح إلا إذا كان مجهولاً لا يعرف إلا بقولها. ولهم أن يمنعوا الظئير عن كلّ ما يضرّ بالصبي لا محالة كالخروج زماناً كثيراً. وما لا فلا لحاجتها إلى ذلك كأوقات الصلاة ونحوها. والأصحّ أن الإجارة لا تبطل بموت الأب سواء كان للصبي مال أو لم يكن. ولو أرضعت صبياً آخر خفية أو أرضعته بلبن خادمتها فلها الأجر كاملاً.

قال: **وكل صانع لعمله أثر في العين كالصبّاغ والقصّار فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتّى يستوفي الأجرة.**

لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حقّ الحبس لاستيفاء البدل كالمبيع. ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة. لأنّه غير متعد في الحبس فبقى أمانة كما كان عنده. ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس. فكذا بعده. لكنّه بالخيار. إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له. وإن شاء معمولاً وله الأجر.

قال: **وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين كالحمّال والملاّح.**

لأن المعقود عليه نفس العمل. وإنه ليس بقائم في العين فلا يتصوّر حبسه. وغسل الثوب نظير الحمل. وهذا الخلاف الآبق حيث يكون للراد حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله. لأنّه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنّه باعه منه فله حقّ الحبس. وقال زفر ليس له حقّ الحبس في الوجهين لوجود التسليم باتّصاله بملك المستأجر فيسقط حقّ الحبس. ولنا أن الإيصال بالمحلّ ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حقّ الجنس كما لو قبضه المشتري بغير إذن البائع.

قلت ذكر الأثر في العين و لم ينبه ولا واحد من المشرّحين الذين فزت بمطالعة شروحهم أنه أراد به عيناً قائماً للأجير في محلّ العمل كالصبغ والبيض والنشاشيج[2] أم[3] أراد به تغير العين بعمله كنسج الغزل والصوف واتّخاذ الخفّ من الصرم ونحوها تغيراً يقطع حقّ المالك بالغصب. وكنت أستقرئ كتب الفقه

[1] شح : شمس الأئمة الحلواني

[2] في الاصل تصغير الانشاج واحدها النشج وهو مجرى مسيل الماء والنشاشيج هي مبازل الماء تحفر في الماء كي لا تتملح الارض بطول الزراعة.

[3] ط : المحيط

حتّى ظفرت له بحمد الله تعالى في منية الفقهاء تصنيف أستاذنا فخر الملة والدين البديع. فقال وأصل هذا أن المراد بأثر في قول أصحابنا كلّ صانع لعمله أثر في العين المملوك للعامل الذي يتّصل بمحلّ العين كالصبغ والنشاشيج والعزاء ونحوها أم المراد مجرّد ما يرى ويعاين في محلّ العمل. [٢١٩/ب] وهذا فصل اختلف فيه **قخ**[١] في **شج**[٢] القصّار إذا لم يكن عمله في الثوب إلا إزالة[٣] الدرن اختلف فيه. والأصحّ أن له حقّ الحبس على كلّ حال. لأنّ بياض الثوب يظهر[٤] بفعله. قال أستاذنا وقد ذكر قبل هذا أنهم أجمعوا أنه إذا لم يكن لفعله أثر في العين كالحمل والغسل لا يستحقّ الحبس. فمراده بالغسل مجرّد التطهير وإزالة النجاسة لا تحسين الثوب ثم ليس لكاسر الفستق والحطب والطحّان[٥] حقّ حبس العين. **قب**[٦] له حقّ الحبس فيها. **ظت**[٧] للقصّار والخيّاط وكاسر الحطب وحالق رأس العبد حقّ حبس العين بالأجر[٨] فما ذكر ثم يقتضي أن لا[٩] يكون للخيّاط والخفاف حقّ حبس وعلى ما ذكر **قخ**[١٠] و**قب**[١١] و**ظت**[١٢] يقتضي أن يكون لهم حقّ الحبس على الإطلاق. والله أعلم. **ظت**[١٣] والأصحّ الحبس. ولا حبس للأجير المشترك إذا عمل في بيت المستأجر لوقوع العمل مسلماً إليه.

قال: **وإذا اشترط**[١٤] **على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره.**

لأن المعقود عليه العمل في محلّ بعينه فيستحقّ عينه كالمنفعة في محلّ بعينه.

قال: **فإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله.**

لأن المستحقّ عمل في ذمّته. ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره فجاز كإيفاء الدين. ولأن المحترفة يعملون بأنفسهم وبأجزائهم. فإن[١] أطلق العقد فقد رضي بوجود العمل على كلّ حال.

---

[١] قخ : قاضي خان
[٢] شج : شرح الجلالي
[٣] ف : - إلا إزالة
[٤] أ، ف : ظهر
[٥] أ : + والجوز
[٦] قب : قاضي بديع
[٧] ظت : ظهير الدين التمرتاشي
[٨] أ : - بالأجر
[٩] أ : + والجوز
[١٠] قخ : قاضي خان
[١١] قب : قاضي بديع
[١٢] ظت : ظهير الدين التمرتاشي
[١٣] ظت : ظهير الدين التمرتاشي
[١٤] ق : شرط

قال: **وإذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب "أمرتك أن تجعله قباءً" وقال الخيّاط قميصاً أو قال صاحب الثوب للصبّاغ "أمرتك أن يصبغه أحمر" فصبغه أصفر فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه.**

وقال ابن أبي ليلى القول للخيّاط. لأنّه ينكر وجوب الضمان. وقيل هما قولان للشافعي. ولنا أن الإذن يستفاد من جهته. لو أنكر أصل الأذن فالقول له. فكذا إذا أنكر صفته. لكنّه يحلف. لأنّه أنكر شيئاً. لو أقرّ به لزمه.

قال: **وإن حلف فالخيّاط ضامن.**

لظهور تعديه. وهو مخير إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض. وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمّى . ه[1] وفي بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه كالغصب. ط[3] ولو دفع إليه ثوباً ليقطعه قباء ودفع إليه بطانة والقطن فجاء به فقال ربّ الثوب "البطانة ليست بطانتي" فالقول للخياط مع يمينه البتة. ويسع لربّ الثوب أن يأخذ البطانة. وكذا لو أعطى حملاً متاعاً للحمل. ثمّ اختلفا بعد النقل فقال ربّ المتاع "ليس هذا متاعي" وقال الحمّال "هذا متاعك" فالقول للحمّال مع يمينه. وليس على الآمر أجر إلا أن يصدّقه ويأخذه. والنوع الواحد والنوعان فيه سواء.

قال: **وإذا قال صاحب الثوب "عملته لي بغير أجرة" وقال الصانع "بأجرة" فالقول قول صاحب [٢٢٠/أ] الثوب مع يمينه عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف إن كان حريفاً فله الأجر. وإن لم يكن حريفاً فلا أجرة له. وقال محمد إن كان الصانع مبتدئاً بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله. إنه عمله بأجرة.**

لأنّه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر. وجه قول أبي يوسف أن العمل بالأجر لما كان معتاداً بينهما. والمعتاد كالمنطوق به. فكأنّه طلبه نصّاً بأجر. ولأبي حنيفة أن المنافع لا تتقوّم إلا بعقد أو شبهته و لم يعلم ذلك والصانع يدّعي معنىً حادثاً وهو العقد فلزمه البيّنة. وهو القياس. وأما استحسانهما فالظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق.

قال: **والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمّى .**

لأنّ أجر المثل في الإجازات كالقيمة في البياعات. والواجب في البيع الفاسد القيمة فيكون في الإجارة الفاسدة أجر المثل. لكن لا يجاوز به المسمّى . لأنّ المنافع لا يتقوّم إلا بالعقد. و لم يرد العقد على

---

[1] ف، ق : فإذا

[2] ه : هداية

[3] ط : المحيط

الزيادة على المسمّى . ورضى المؤجر بسقوط حقّه. فلا يلزمه بخلاف البيع. لأنّ الأعيان متقوّمة بدون العقد. وعند زفر والشافعي يجب بالغاً ما بلغ كالبيع. **شط**[1] **شح**[2] واختلف في وجوب الأجرة بالتخلية في الإجارة الفاسدة ذكر التخلية في البيع الفاسد. والغرض الفاسد قبض في النوادر ليس بقبض في البيع.[3] والفرق بينهما ما بيّنّا. **شب**[4] وإن اختلف الناس في تقدير أجر المثل يجب الوسط. **جش**[5] **ط**[6] أجر القيم داراً مسبلة بأقلّ من أجر المثل حتّى لم يجز يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. وكذا إذا أجرها إجارة فاسدة على اختيار المتأخّرين. **قخ**[7] **شص**[8] آجر داره بعشرة على أن يعمرها المستأجر ويؤدي نوائبها فالعقد فاسد. ويجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. وكذا لو آجرها على أن لا يسكنها المستأجر وقد سكنها.

قال: **وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكنها.**

لأنّ تسليم عين المنفعة لا يتصوّر فأقيم تسليم المحلّ مقامة لثبوت مكنه الانتفاع به كالخلوة في باب النكاح. **شط**[9] **شح**[10] **خك**[11] والتخلية بينه وبين المستأجر قبض. **صغر**[12] ودفع المفتاح إليه تسليم إن أمكن فتحه به. وإن عجز المستأجر عن فتحه به[13] فلا.[14]

قال: **وإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة.**

لأنّ تسليم المحلّ أنّما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكّن من الانتفاع. فإذا فات التمكّن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر. وإن وجد الغصب في يده سقط بقدره. وكذا في بعض [٢٢٠/ب] المدّة.

قال: **وإن وجد بها عيباً يضرّ بالسكنى فله الفسخ.**

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] شح : شمس الأئمة الحلواني

[3] ق : - واختلف في وجوب الأجرة بالتخلية في الإجارة الفاسدة ذكر التخلية في البيع الفاسد. والغرض الفاسد قبض في النوادر ليس بقبض في البيع

[4] شب : شرح بكر خواهر زاده

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] ط : المحيط

[7] قخ : قاضي خان

[8] شص : شرح الصباغي

[9] شط : شرح الطحاوي

[10] شح : شمس الأئمة الحلواني أ : + واختلف في وجوب الأجر بالتخلية في الإجارة الفاسدة

[11] خك : خلاصة الأكمل أ : + التخلية في البيع الفاسد والقرض الفاسد قبض. وفي النوادر ليس بقبض في البيع

[12] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[13] أ : - به

[14] ق : + واختلف في وجوب الأجر بالتخلية في الإجارة الفاسدة التخلية في البيع الفاسد والقرض الفاسد قبض. وفي النوادر ليس بقبض في البيع

لأنّ المعقود عليه المنافع. وإنما توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فثبت الخيار كالبيع ثمّ المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كالبيع. ه[1] وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه.

قال: **وإذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة.**

لفوات المعقود عليه قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر. ه[2] وقيل لا ينفسخ. لأنّ المنافع فاتت على وجه يتصوّر عودها. فأشبه الإباق في البيع. وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع. وهذا نصّ منه على أنه لم ينفسخ. لكنّه يفسخ. ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه الأجر بحصته. لأنّه جزء من المعقود عليه.

قال: **وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت.[3] وإن كان[4] عقدها لغيره لم تنفسخ.**

مثل الأب والوكيل والوصي والمتولّي في الوقف. لأنّه لو بقى العقد فيما عقد لنفسه بعد موته يصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقّاً بالعقد. لأنّه ينتقل بالموت إلى الوارث. وذلك لا يجوز.

قال: **ويصحّ شرط الخيار في الإجارة.**

خلافاً للشافعي. لأنّه تعذر ردّ المعقود عليه أو تسليمه بكماله لفوات بعضه في مدّة الخيار. ولنا أنه عقد معاملة لا يستحقّ القبض فيه في المجلس. فجاز فيه الخيار كالبيع. وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الردّ بخيار العيب. فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع. لأنّ ردّ الكلّ ممكن ثمة دون الإجارة.

قال: **وتفسخ الإجارة بالأعذار.**

وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب. لأنّ المنافع عنده كالأعيان فشابه البيع. ولنا أن المنافع فيها غير مقبوضة. وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب في البيع قبل القبض فيفسخ لعجز العاقد عن المضي في موجب العقد ألا بتحمّل ضرر. وإنه لم يستحقّ به.[1]

---

[1] ه : هداية
[2] ه : هداية
[3] ق : + الإجارة
[4] ف :- كان

قال: **كمن استأجر دكّاناً في السوق ليتّجر فيه فذهب ماله وكمن آجر دكّاناً أو داراً ثمّ أفلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها إلا من ثمن ما آجر فسخ القاضي[1] وباعها في الدين**

لتعذّر الجري على موجب العقد إلا بضرر يلزمه. وهو الحبس. و لم يستحقّ بالعقد. وقوله فسخ القاضي العقد[2] إشارة إلى[3] أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض. **شط**[4] وفي الأصل والزيادات لا ينتقض إلا بنقض. وفي الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه [٢٢١/أ] عذر. فإن الإجارة فيه تنتقض. وهذا يدلّ على أنه لا يحتاج فيه إلى القضاء. ووجهه أنه بمنزلة العيب قبل القبض. وفيه يتفرد العاقد بالفسخ. ووجه الأوّل أنه فصل مجتهد فيه. فلا بدّ من إلزام القاضي. **شط**[6] وغيره وفّق فقال المذكور في الجامع الصغير محمول على العذر الظاهر. وهو ما يمنعه عن المضي شرعاً كالاستئجار بقلع السن لوجع أو لقطع عضوه لا كله أو يتّخذ له وليمة ثمّ زال الوجع والأكلة ومات العروس. لأنّه قبح[7] إتمامه فينتقض ضرورة. والمذكور هنا[8] و**ص**[9] **ن**[10] محمول على ما لا يمنعه من المضي شرعاً. لكن يتضرر به كالدين.[11] فلا ينتقض إلا بنقض. **ص**[12] صاحب العذر يتفرد بفسخه. **ن**[13] لا ينفسخ إلا بقضاء أو رضاء. وهو الأصحّ. لأنّ الفسخ مجتهد فيه. وإذا أنكر المستأجر الدين يحتاج إلى القضاء بالدين. فإذا ظهر الدين ببيعه فيجيزه القاضي أو يبيعه القاضي فينتقض. وقيل ينتقض[14] ثمّ يباع. ولو آجر عبده ثمّ باعه لم ينفذ وفوات الربح ليس بعذر. **شط**[15] ولو باع أو وهب[16]

---

5 : شرح الطحاوي

6 شط : شرح الطحاوي

7 ف : فتح

8 أ : هذا

9 ص : الأصل لمحمد بن الحسن

10 ن : النوازل

11 ق : كالدين به

12 ص : الأصل لمحمد بن الحسن

13 ن : النوازل

14 ف : – ينتقض

15 شط : شرح الطحاوي

16 ف : + وصل

والإجارة مضافة يجوز. لأنها لم تنعقد بعد.[1] ولو ردّ عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت المضاف إليه رجعت الإجارة. وفي رواية لا يجوز. لأنّ حقّ الانعقاد يمنع النفاذ. وكذا لو آجر مضافاً ثمّ آجر حالاً.

قال: **وكمن استأجر دابّة ليسافر عليها ثمّ بدا له أن يسافر فهو عذر.**[2]

لأنّه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد. لأنّه ربما يذهب للحجّ فذهب وقته أو في طلب عزيمة فحضروا للتجارة فكسدت أو افتقر.

قال: **فإن بدا للمكاري فليس له[3] ذلك بعذر.**

لأنّه[4] يمكنه بعث الدوابّ على يد تلميذه وأجيره. هـ[5] ولو مرض المؤجر فقعد فكذا الجواب على رواية.[6] وروى الكرخي أنه عذر. لأنّه لا يعرى عن ضرر. فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار. ولو استأجر الخيّاط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر. وهذا إذا خاط لنفسه. أما بالأجر فلا. ولو ترك الخياطة واشتغل بعمل آخر فليس بعذر. لأنّه يقعد الغلام في ناحية دكانه للخياطة وهو يعمل غيره بخلاف ما لو استأجر دكّاناً للخياطة وانتقل إلى عمل آخر فذاك عذر. ص[7] لأنّه لا يمكن الجمع بين العملين. ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر أو مطلقاً ثمّ سافر فهو عذر بخلاف ما إذا آجر العقار ثمّ سافر. ولو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الآجر بدون السكنى.[8]

---

[1] ف : - والإجارة مضافة يجوز. لأنها لم تنعقد بعد

: الأصل لمحمد بن الحسن

[8] أ، ق : + والله أعلم.





١٢ كتاب الشفعة

الشفعة[1] مأخوذة من الشفع[2] وهو الضمّ. لأنّه يضمّ الملك المشفوع إلى ملكه. ومنه الشفع الذي [٢٢١/ب] هو ضدّ الوتر. لأنّه ضمّ عدد إلى عدد. والأصل في وجوب الشفعة قوله ﷺ « **الخليطُ أحقُّ من الشفيع والشفيعُ أحقُّ من الجارِ** »[3] وفسّره أبو يوسف فقال الشريك في المبيع أحقّ بالشفعة من الشريك في حقوق المبيع. والشريك في حقوق المبيع أحقّ بالشفعة من الجار فلهذا.

التحول. الأشباه والنظائر

ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥١٩/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٧٨/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٠/٤.



١٢. ١ باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال: **الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثمّ الخليط في حقّ المبيع كالشرب والطريق ثمّ الجار.**

لما مرّ. وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله ﷺ « **الشفعة فيما لا يقسم** »[١] وروي للشريك الذي لم يقاسم. ولنا قوله ﷺ « **جارُ الدار أحقّ بالدار ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقُهما واحداً** »[٢] وقال « **الجار أحقّ بجواره** »[٣] وروى بصَقَبه.[٤] فقيل وما صقبه قال شفعته ولأن الشفعة أنّما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع. والضرر كما يلحقه بالشركة في المبيع يلحقه بالجوار لمكان الاتّصال. لكن الاتّصال بالشركة في المبيع أقوى. لأنّه في كلّ جزء منه وبعده الاتّصال في الحقوق. لأنّه شركة في مرافق الملك. والترجيح يتحقّق بقوّة السبب.

قال: **وليس للشريك في الشرب والطريق والجار شفعة مع الخليط فإن سلّم الخليط فالشفعة للشريك في الطريق. فإن سلّم أخذها الجار.**

لما بيّنّا من الترتيب. هـ[٥] وعن أبي يوسف أن مع الخليط في نفس المبيع لا شفعة لغيره سلّم أو استوفى. لأنهم محرومون به. لكنّا نقول السبب تقرر في حقّ الكلّ إلا أن للشريك حقّ التقدم. فإذا سلّم كان لمن يليه لدين الصحة مع دين المرض. جت[٦] وعن أبي حنيفة ومحمد في الجار سكت عند طلب

---

[١] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٢١/٤.

[٢] البخاري الصحيح "**حيل**" ١٤؛ مالك الموطا ٣٠٤/٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٩٠/٦؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٨١/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٨٣/٣.

[٣] البخاري الصحيح "**حيل**" ١٤؛ مالك الموطا ٣٠٤/٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٩٠/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٨٣/٣.

[٤] البخاري الصحيح

: جمع التفاريق للبقالي

الشريك. إنه لا شفعة له إذا سلّم الشريك بعده. ويجب أن يقول عند البيع إن أخذها وإلا فقد طلبت. وكذا الأرض تباع وفيها زرع المزارع يوقف على إجارته وطلب الشفعة عند البيع. وكذا لو ادّعى رقبتها أو نصفها يقول هي لي. فإن وصلت إليها وإلا فأنا على شفعتي منها. ولو قال أجزت البيع أو رضيت به أو سلمته أو لا حقّ لي فيها وأنا آخذ الشفعة جاز إذا وصل. **جش**[1] قال لوكيل المشتري "سلمت شفعتها لك" أو قال الأجنبي "سلمتها لك أو وهبتها لك أو أعرضت لأجلك عنها أو لك دون من سواك" فهو تسليم. **ط**[2] وهب الشفعة أو باعها من إنسان فليس بتسليم. **هـ**[3] وهو تسليم. **شس**[4] والشريك في منزل معين من الدار أو جدار معين منها أحقّ من الجار في ذلك المنزل. وكذا في بقية الدار في أصحّ الروايتين عن أبي يوسف. لأنّ اتصاله أقوى ثمّ لا بدّ من أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتّى يستحقّ الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاصّ أن لا يكون السكة أو الزقاق[5] نافذاً والشرب الخاصّ أن يكون نهراً لا يجري فيه السفن. وما يجري فيه فهو عام. وهذا [٢٢٢/أ] عند أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف الخاصّ ما يسقى منه قراحان[6] أو ثلاثة وما زاد عليه فهو عام. **هـ**[7] فإن كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصّة دون أهل العليا. وإن بقيت في العليا فلأهل السكتين. ولو كان نهر صغير يأخذ نهر أصغر منه فهو[8] على قياس الطريق وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شفيع شركة ولو بيعت دار بجنب الوقف لا يثبت الشفعة للمتولّي والقيّم.[9] **قب**[10] اشترى داراً لها بابان في زقاقين. فإن كانت في الأصل دارين اشتراهما واحد ورفع الحجاب بينهما فلأهل كلّ واحد من الزقاقين الشفعة فيما يليه. وإلا فالشفعة لهما في جميع الدار بالسوية. وكذا لو باع قراحاً في وسطه ساقية حادثة منها شرب هذا القراح من الجانبين فلكل واحد من الجارين الشفعة في جميع القراح دار كثيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة منها أو قطعة معلومة فلجار الدار الشفعة كان جاراً من أي جوانبها. وإن سلّم ثمّ باع المشتري المقصورة لم تكن الشفعة إلا لجارها. وكذا لو اشترى بيتاً من الدار. ولو اشترى داراً في سكة غير نافذة ثمّ اشترى

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[2] ط : المحيط

[3] ه : هداية

[4] شس : شرح السرخسي

[5] [illegible] الجوهري الصحاح

[6] [illegible] الجوهري الصحاح ٥٦٠/١.

[7] ه : هداية

[8] ف : فيه

[9] أ : وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شفيع شركة ولو بيعت دار بجنب الوقف لا يثبت الشفعة للمتولّي والقيّم

[10] قب : قاضي بديع

أخرى فالشفعة لأهل السكة في الأولى. وهو مع أهلها شركاء في الثانية. ولو كانت الدار بين ثلاثة نفر فاشترى نصيبهم واحداً بعد واحد فللجار الشفعة في الثلث الأوّل دون الباقين. ولو كانت بين أربعة فاشترى أنصباء الثلاثة واحداً بعد واحد. ثمّ حضر الرابع فله الشفعة في النصيب الأوّل وهما شريكان في النصيبين. ولو اشترى عشرة أقرحة متلازقة والشفيع ملازق بعضها فليس له أن يأخذ إلا ذلك البعض. وكذا القرية والأراضي. **شص**[1] **ه**[2] اشترى خمسة داراً من واحد فله أن يأخذ نصيب أحدهم. ولو اشترى من خمسة فلا. لأنّ فيه تفريق الصفقة على المشتري. والأصحّ أنه لا فرق بين القبض وعدمه. ولو اشترى نصف دار وقاسمه البائع فللشفيع النصف الذي صار للمشتري. لأنّ القسمة من تمام القبض. وليس له نقض القبض بخلاف ما إذا اشترى من أحد الشريكين نصيبه وقاسمه الذي لم يبع فللشفيع نقض القسمة. لأنها ليست من تمام القبض ههنا. وإنما يأخذ النصف الذي صار للمشتري في الوجه الأوّل إذا وقع في جانب داره عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف كيف كان. ولو اشترى عشرة أقرحة متلازقة والشفيع ملازق بعضها فليس له أن يأخذ إلا ذلك البعض. وكذا القرية والأراضي.[3]

قال: **والشفعة تجب بعقد البيع. وتستقر بالإشهاد. وتملك بالأخذ إذا سلّمها المشتري وحكم بها حاكم.**

وإنما يجب بالبيع أي بعده. لأنها ثبت لدفع ضرر الدخيل. وهذا إنّما يكون عند [٢٢٢/ب] البيع. وإنما تستقرّ بالإشهاد لقوله ﷺ « **الشفعة لمن قامها** »[4] وقال « **الشفعة كنشطة العقال إن قيّدها ثبت وإلا ذهبت** »[5] وإنما تملك بالأخذ. لأنّه نقل ملك من شخص إلى[6] آخر. فلا يملك إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي كالرجوع في الهبة بعوض. وفائدته تظهر فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحقّ بها الشفعة أو يبعث دار بجنب الدار المشفوعة قبل الحكم أو تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الأولى. ويبطل شفعته في الثانية. ولا يستحقّها في الثالثة لعدم الملك له. وقوله يجب بعقد البيع بيان أنها لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال.

قال: **وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة.**

---

[1] شص : شرح الصباغي
[2] ه : هداية
[3] أ، ف، ق : – ولو اشترى عشرة أقرحة متلازقة والشفيع ملازق بعضها فليس له أن يأخذ إلا ذلك البعض. وكذا القرية والأراضي.
[4] نيل الأوطار ٦٤/٦.
[5] ابن ماجه السنن "**شفعة**" ٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٠٨/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٣/٤.
[6] ق : + شخص

اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه. طلب المواثبة. وهو أن يطلبها كما علم حتّى لو بلغه البيع و لم يطلب بطلت شفعته لما مرّ. ولقوله ﷺ « **الشفعةُ لمن واثَبَها** »[1] ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوّله أو وسطه فقرأه إلى أخره بطلت. وعليه عامّة المشايخ. وهو رواية عن محمد. وعنه له مجلس العلم. ك[2] وفي رواية الطلب على المجلس ما لم يقم أو لم يجيء بما يدلّ على الإعراض. وقيل أنه الأصحّ. وعن محمد أنه لو سمع ببيع الدار فقال "الحمد لله أو لا حول ولا قوّة إلا بالله" أو قال "سبحان الله" أو بدأ بالسلام قبله أو شمت عطاس[3] صاحبه فليس بإعراض. لأنّ الأوّل حمد على الخلاص من جوازه. والثاني تعجب منه لقصد إضراره. والثالث والرابع لافتتاح كلامه. فلا يدلّ شيء منه على الإعراض. وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم[4] بعت.[5] وبالرواية الثانية[6] أخذ الكرخي كخيار المخيرة. وإليه أشار في هذا الكتاب حيث قيّده بالمجلس فقال أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة. هـ[7] والمراد بقوله أشهد في مجلسه طلب المواثبة. والإشهاد فيه ليس بلازم. إنّما هو لنفي التجاحد فيصحّ الطلب بكل لفظ يُفهم منه الطلب كقوله "طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها" والاعتبار للمعنى. ك[8] وعن الرازي إذا لم يكن بحضرته من يشهد فقال "إني مطالب للشفعة." ثمّ نهض إلى من يشهد لم يبطل. لأنها تثبت بالطلب والإشهاد تعتبر. لأنّه لا يصدق على الطلب إلا ببينة. وقال ابن أبي ليلى إن ترك الطلب ثلاثة أيّام بطلت شفعته. وقال الشعبي إن تركه يوماً بطلت. وقال شريك لا تبطل أبداً حتّى يبطلها[9]. هـ[10] وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب الإشهاد حتّى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة. وقالا يجب أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبيّاً أو امرأة إذا كان الخبر حقّاً. وأصل الاختلاف في عزل الوكيل. جش[11] أرسل [٢٢٣/أ] المشتري إلى الشفيع صبيّاً أو عبداً أو فاسقاً أو كتب إليه فسكت كان تسليماً. والفضولي على الخلاف المعروف. ك[12] وعن أبي حنيفة الشفيع غائب يشهد على المطالبة حين يعلم أو يؤكل من يأخذ بالشفعة. وإلا بطلت. وعن الكرخي له بعد الإشهاد من الأجل بقدر المسافة أو يبعث وكيلاً للأخذ. وإلا بطلت. والثاني طلب التقرير والإشهاد. لأنّه

---

[1] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٨/٨٣؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/٢٣٣.
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] ق : عاطس
[4] ق : وكم
[5] أ، ق : يبعث
[6] ق : – الثانية
[7] ه : هداية
[8] ك : الكفاية للبيهقي
[9] أ، ف، ق : + بقوله
[10] ه : هداية
[11] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[12] ك : الكفاية للبيهقي

محتاج إليه لإثباته عند القاضي. ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة. لأنّه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى الطلب الإشهاد والتقرير. والثالث طلب الخصومة والتمليك على ما بينهما إن شاء الله.

قال: **ثمّ ينهض منه.**

يعني من مجلسه

قال: **فيشهد على البائع إذا كان[1] المبيع في يده أو على المبتاع أو عند العقار. فإذا فعل ذلك استقرّت شفعته.**

وهذا لأنّ كلّ واحد منهما خصم فيه. لأنّ للبائع اليد وللمشتري الملك. ويصحّ عند المبيع. لأنّ الحقّ متعلّق به. فإن سلّم البائع المبيع لم يصحّ الإشهاد عليه. لأنّه لا يد له ولا ملك كالأجنبي. هـ[2] وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها. وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك.[3] ظم[4] واختلف في لفظ الطلب. والعامة على أنه يصحّ الطلب بأيّ لفظ عرف في متعارف اللسان أنه بطلت حتّى قال محمد بن الفضل لو قال القروي شفعة شفعة فهو طلب منه. هـ[5] وعن أبي يوسف يشترط تسمية المبيع وتحديده. لأنّ المطالبة لا يصحّ إلا في معلوم. ك[6] ويسمّى المشفوع بحدوده. وإن شاء أشهد على المبيع أو عند أحد المتعاقدين قبل القبض وبعده إن شاء أشهد على المبيع أو عند المشتري. ولو كان الشفيع عند أحد الثلاثة فذهب إلى الآخر بطلت ليمكنه من الطلب في الحال. وإنما يخير بين أحد الثلاثة إذا جمعها موضع واحد. وإن كان كلّ واحد في بلد يذهب إلى أي الثلاثة شاء.

قال: **ولم يسقط بالتأخير عند أبي حنيفة.**

وهو رواية عن أبي يوسف.

قال: **وقال محمد إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت.**

---

[3] ... الطلب. الجوهرة النيرة ٣/٦٤.

[4] ظم : ظهير الدين المرغيناني

[5] ه : هداية

[6] ك : الكفاية للبيهقي

وهو قول زفر. معناه إذا تركها من غير عذر. وقال أبو يوسف إن تركها مجلساً أو مجلسين بطلت. لأنّه إذا مضى مجلس من مجالس القاضي و لم يخاصم فيه اختياراً دلّ ذلك على إعراضه وتسليمه. وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبداً يتضرّر به المشتري. لأنّه لا يمكنه التصرّف خشية نقض الشفيع ذلك فقدرناه بشهر. لأنّه آجل وما دونه عاجل. ه[1] ولأبي حنيفة. وهو ظاهر المذهب. وعليه الفتوى أن الحقّ متى ثبت واستقرّ لا يسقط إلا بإسقاطه والتصريح بلسانه كسائر الحقوق وكما إذا كان غائباً ولو علم [٢٢٣/ب] أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتّفاق للعذر.

قال: **والشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم**

كالحمام والبئر والرحى والنهر والطريق. وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم. لأنّ الشفعة وجبت عنده دفعاً للمؤنة القسمة. وإنه لا يتحقّق فيما لا يقسم. ولنا قوله ﷺ « **الشفعةُ في كلّ شيء عقار أو ربع** »[2] ولأن سببها الاتّصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار. وإنه يشتمل القسمين.

قال: **ولا شفعة في العروض والسفن.**

وقال مالك إذا با ع أحد الشريكين نصيبه من سفينة فلشريكه الشفعة. ولنا قوله ﷺ « **لا شفعةَ إلا في ربعٍ أو حائطٍ** »[3] ولأنّها لا تتأبد فأشبه العروض.

قال: **ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيع دون الأرض.**

لما مرّ. وإنه في بعض نسخ المختصر دون البعض.

قال: **والمسلم والذمي في الشفعة سواء.**

للعمومات. ولأنّهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الحكم كسائر الحقوق. ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحرّ والعبد المأذون والمكاتب.

قال: **وإذا ملك العقار بعضو هو مال وجبت فيه الشفعة.**

لأنه يمكن مراعاة شرط الشرع فيه. وهو أن يتملّك الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة أو قيمة في ذوات الأمثال والقيم.

---

[1] ه : هداية

[2] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٩٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٣٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٧٣؛ ابن ماجه السنن "**شفعة**" ٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٨٠.

[3] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٩٦؛ مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٣٤؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٧٣؛ ابن ماجه السنن "**شفعة**" ٣.

قال: **ولا شفعة في الدار التي يتزوّج الرجل عليها[1] أو تُخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً[2] أو يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبداً.**

لأن الشفعة أنّما يجب في مبادلة المال بالمال. وهذه الأعواض ليست بمال. فكانت الشفعة فيها خلاف المشروع. وعند الشافعي يجب فيها الشفعة إذا كانت هذه العقود ببعض الدار. لأنّ هذه الأعواض متقوّمة عنده. فأمكن الأخذ بقيمتها بخلاف الهبة. لأنّه لا عوض فيها. ولنا أن تقوم منافع البُضع في النكاح وغيرها بعقد الإجار ضروري. وإيجاب الشفعة خارج عن سُنن القياس. فلا يظهر في حقّ الشفعة. وكذا الدم والعتق غير متقوّم. لأنّ قيمة الشيء ما يقوم مقامه في معنى الخاصّ المطلوب منه. ولا يتحقّق فيها. هـ[3] وعلى هذا إذا تزوّجها بغير مهر ثمّ فرض لها الدار مهراً. لأنّها بمنزلة المفروض في العقد في كونها مقابلاً بالبُضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمّى . لأنّه مبادلة مال بمال. ولو تزوّجها على دار على أنه[4] تردّ عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة. وقالا تجب في حصّة الألف.

قال: **أو يصالح عنها[5] بإنكار أو سكوت.**

هكذا وقع في بعض النسخ. وإنه غلط. والصواب[6] أو يصالح عنها بإنكار. لأنّه حينئذ يبقى الدار [٢٢٤/أ] في يده. وهو يزعم أنّها لم تزل عن ملكه. فلا يجب الشفعة. وكذا إذا صالح عنها بسكوت. لأنّه يحتمل أنه بذل المال اقتداء ليمينه وقطعاً لشغب[7] خصمه كالإنكار بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار. لأنّه معترف بالملك للمدعي فاستفاده بالصلح فكانت مبادلة مالية.[8]

قال: **فإن صالح عنها[9] بإقرار[10] وجبت الشفعة.**

حقه. الجوهرة

بالتحريك. الجوهري الصحاح

تدبر. مجمع الأنهر ١١٥/٤.

٩ ف، ق : عليها

١٠ ف، ق : + **أو سكوت أو إنكار**

لأن الآخر أخذها عوضاً عن حقّ في زعمه والمرء مؤاخذ بزعمه.

قال: **وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدّعي عليه. فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البيّنة.**

لأن اليد وإن كانت دليل الملك ظاهراً. لكن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. ألا ترى أن المدّعي إذا أقام بيّنة على دعواه فقال المدّعى عليه أنهم عبيد يحتاج المدّعي إلى إثبات حرّية الشهود ولا يكفيه الظاهر. ه[1] يسأل القاضي المدّعي قبل أن يقبل على المدّعى عليه عن موضع الدار وحدودها. لأنّه ادّعى حقّاً فيها فصار كما إذا ادّعى رقبتها. وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها. فإن قال "أنا شفيعها بدار لي تلاصقها ألآن" تمّ دعواه على اختيار الخصّاف. وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي تشفع بها أيضاً.

قال: **فإن عجز عن البيّنة استخلف المشتري "بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما تشفع به."**

لأنه ادّعى عليه معنى. لو أقرّ به لزمه. فإذا أنكره يحلف لكن على العلم. لأنّه استحلاف على ما في يد غيره.

قال: **فإن نكل أو قامت للشفيع بينة سأله القاضي هل ابتا ع أم لا؟ فإن أنكر الابتيا ع قيل للشفيع "أقم البيّنة."**

لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة.

قال: **فإن عجز عنها استحلف المشتري "بالله ما أبتا ع" أو "بالله ما استحقّ عليّ في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره."**

لأن الشفيع مدّ ع والمشتري مدّعى عليه. والحلف الأوّل على السبب. والثاني على الحاصل. وإنما يحلف على البتات. لأنّه يحلف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات.

قال: **وتجوز المنازعة في الشفعة. وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي له الشفعة لزمه إحضار الثمن.**

وعن محمد أنه لا يقضي حتّى يحضر الشفيع الثمن. وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. لأنّه عسى يكون الشفيع مفلساً فيتوقف القضاء على إحضار الثمن حتّى لا يتوى مال المشتري. وجه الظاهر أنه لا ثمن عليه قبل القضاء. ولهذا لا يشترط تسليمه. فكذا لا يجب إحضاره. وإذا قضى للشفيع بالدار فللمشتري أن

---

[1] ه : هداية

يحبسه حتّى يستوفي الثمن وينفذ [٢٢٤/ب] القضاء عند محمد أيضاً. لأنّه مجتهد فيه وبتأخير أداء الثمن لا تبطل شفعته. لأنها تأكدت بالقضاء.

قال: **وللشفيع أن يرد الدار بخيار العيب وخيار الرؤية.**

لأن الشفيع مع المشتري بمترلة المشتري من البائع.

قال: **وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة.**

لأن اليد له.

قال: **ولا يسمع القاضي البينة حتّى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه.**

لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع. فلا بدّ من حضورهما بخلاف ما[1] إذا قبضت الدار. لأنّه لم يبق للمالك يد ولا ملك فصار كالأجنبي. وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى. وهو أن البيع في حقّ المشتري إذا كان ينفسخ لا بدّ من حضوره ليقضي بالفسخ عليه. وفيه دقيقة لا بدّ من معرفتها. وهو أن هذا الفسخ في حقّ الإضافة ليمتنع قبض المشتري إلا أنه يبقى أصل العقد لتعذر انفساخه. لأنّ الشفعة بناء عليه. ولكنه يتحول الصفقة إليه ويصير كأنه المشتري منه. ولهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما إذا قبضه المشتري. لأنّه أخذها من يده فيكون العهدة عليه.

قال: **فإن ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته. وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتعاقدين ولا عند العقار.**

لما بيّنّا. ولأنه حقّ ضعيف فتركه يكون دليلاً على الإعراض.

قال: **فإن صالح من شفعته على عوض أخذه بطلت شفعته ورد العوض.**

لأنه ترك الطلب وسلم. وإنما يرد العوض. لأنّه اعتياض عما ليس بمال. **جش**[2] **صغر**[3] تعليق إبطال الشفعة بالشرط جائز حتّى لو قال "سلّمت لك الشفعة إن كنت اشتريته لنفسك." فإذا اشتراه لغيره فله الشفعة. لأنّه إسقاط محض.

قال: **وإذا مات الشفيع بطلت شفعته.**

---

[1] ف : - ما
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

لأنها ثبتت على خلاف القياس فلا تثبت لوارثه.

قال: **وإذا مات المشترى لم يسقط.**

لبقاء المستحقّ والمحلّ.

قال: **وإذا با ع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته.**

لأنه يستحقّها بالجوار. وقد زالت المجاورة فلم يبق ما يأخذ به المشفوع. قال علم بالشراء أو لم يعلم. وأما إذا با ع بعد أن مضى له بالشفعة لم تسقط شفعته. لأنّ حقّه قد استقرّ فيها. فلا يسقط كما لو با ع بعض القبض.

قال: **ووكيل البائع إذا با ع وهو الشفيع فلا شفعة له. وكذلك إذا ضمن الدرك عن البائع الشفيع. ووكيل المشتري إذا ابتا ع فله الشفعة.**

والأصل فيه أن الشفعة لا تثبت للبائع فيما با ع حتّى لو كان له دار أخرى بجنبها ولها شفيع تثبت له الشفعة دونه. لأنّه لو ثبت له الشفعة تكون[1] ساعياً في نقض ما تمّ له وفعل. وإنه ممتنع. ولهذا إذا ضمن الدرك بطلت شفعته. لأنّ صحّة [٢٢٥/أ] البيع يتضمّن ضمان الدرك حتّى لو با ع بشرط البراءة عن ضمان الدرك لم يصحّ. فإذا ضمنه فقد تمّ البيع من جهته فتبطل شفعته بخلاف المشتري. فإنه تثبت له الشفعة فيما اشترى. لأنّه بها لا يكون ساعياً في نقض ما فعل. وهو النقل عن ملك البائع حتّى لو اشترى داراً له بجنبها دار أخرى ولها شفيع فالمشتراة بينهما نصفان. وإذا عرفنا هذا في البائع والمشتري فكذا في وكيلهما. لأنهما بمنزلتها. شح[2] شب[3] المشتري إذا كان شفيعاً يستحقّ الشفعة من غير طلب. والشراء طلب. وفي حمل[4] الفقه الأب اشترى داراً للصغير وهو شفيعها يقول[5] "اشتريت وأخذت الشفعة" والوصي يقول "اشتريت وطلبت الشفعة" ثمّ يخاصم إلى القاضي فينصب ولياً من الصبي فيأخذه منه. والوكيل يطلبها من الموكّل.

قال: **ومن با ع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع.**

لأنه لم ينقطع حقّ البائع وملكه عنه.

---

[1] ق : - تكون
[2] شح : شمس الأئمة الحلواني
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] أ : - حمل
[5] ف : - يقول

قال: **فإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة.**

لانقطاع حقّ البائع عنه. **ك**[1] يسأل الشفيع المشتري التولية أو يساومه أو استأجره أو أخذه مزارعة أو النخيل معاملة بطلت شفعته لدلالة الرضا. ولو فعل ذلك قبل العلم بالبيع قيل لا يسقط العقد الدلالة ولو باع بعض داره شائعاً أو بيتاً معيناً منها. ولكن من حدود ما بقى ما يلازقها فالشفعة باقية. ولو قال الشفيع "أخذ منك نصف المشفوع" فليس بتسليم. وكذا لو قال "أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف" عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. ولو سلّم الشفعة بعد البيع سقط حقّه علم بالبيع أو لا بحضرة المشتري أو غيبته. ولو سلّم قبل البيع لا يسقط.

قال: **ومن باع[2] داراً شراءاً فاسداً فلا شفعة فيها.**

لأن حقّ البائع لم ينقطع. لأنّه يستحقّ النقض.

قال: **فإن أسقط الفسخ وجبت الشفعة.**

لانقطاع حقّ البائع. **ك**[3] ويأخذه بقيمته يوم قبض المشتري. **ه**[4] وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة. وإن سلّمها إلى المشتري فهو شفيعها. ثمّ إن سلّم البائع قبل الحكم بالشفعة بطلت شفعته كما لو باعه بخلاف ما إذا سلّم بعده. لأنّ بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط فبقى المأخوذة بالشفعة على ملكه. وإن استرده البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن الذي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة. وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه. **جش**[5] الطلب في البيع الفاسد وقت انقطاع حقّ البائع بالاتّفاق. وفي بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار للبائع وقت البيع عند أبي يوسف وقت الإجارة عند محمد. وفي البيع بشرط الخيار للمشتري وقت البيع بالاتّفاق.

قال: **وإن اشترى ذمّيّ داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمّيّ أخذها [٢٢٥/ب] الشفيع بمثل الخمر وقيمة الخنزير.**

لأن الخمر من ذوات الأمثال كالخلّ لنا والخنزير من ذوات القيم كالشاة.

قال: **وإن كان شفيعها مسلماً أخذها لقيمة الخمر والخنزير.**

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] ف، ق : ابتاع

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] ه : هداية

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

لأنه يجوز أن يكون الخمر والخنزير للكافر على المسلم كما لو أتلف خمر الذمّيّ أو خنزيره وقد عجز عن تمليكه فيجب عليه قيمته.

قال: **ولا شفعة في الهبة إلا أن يكون بعوض مشروط**[1]

لما مرّ. وإن عوضه لأنّ كلّ واحد منهما واهب إلا أن يكون بعوض مشروط. لأنّه بيع انتهاءً. ولا بدّ من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً. لأنّه هبة ابتداءً. جش[2] ويعتبر الطلب في الهبة بعوض وقت التقابض في ظاهر الرواية. لأنّه حينئذ يصير بيعاً.

١٢. ١. ١ فصل في اختلاف الشفيع والمشتري

قال: **وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري.**

لأن الشفيع يدّعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقلّ وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه. ولا يتحالفان. لأنّ المشتري لا يدّعي عليه شيئاً.

قال: **ولو أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف البيّنة للمشتري.**

لأنها أكثر إثباتاً فصار كبيّنة البائع والوكيل والمشتري من العدوّ ولهما أنه لا يتنافي فيجعل كان الموجود بيعان. وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء. وهذا لخلاف البائع مع المشتري. لأنّه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بإنفساخ الأوّل. وهنا الفسخ لا يظهر في حقّ الشفيع. وهو التخريج لبينة الوكيل. لأنّه كالبائع والموكّل كالمشتري منه على أنها ممنوعة في رواية عن محمد. وأما المشتري من العدو فذكر في السير الكبير أن البيّنة للمالك القديم فيُمنع. ولأن بيّنة الشفيع ملزمة. وبينة المشتري غير ملزمة. والبينات للإلزام.

قال: **وإن ادّعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقلّ منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع. وكان ذلك حطّاً عن المشتري.**

لأن الأمر إن كان كما قاله البائع فقد وجبت الشفعة به. وإن كان كما قاله المشتري[3] فقد حطّ البائع بعض الثمن. والحط يظهر في حقّ الشفيع. ولأن التملك على البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته.

---

[1] أ، ف، ق : + إما لا شفعة في الهبة.

[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[3] ف : - المشتري

قال: **وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري ولم يلتفت إلى قول البائع.**

لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد. وصار كالأجنبي. فبقى الاختلاف بين المشتري والشفيع. ه[1] ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع "بعت الدار وقبضت الثمن" يأخذها الشفيع فيرد عليه. ولو قال "قبضت الثمن وهو ألف" لم يلتفت إلى قوله. لأنّ قوله "قبضت الثمن" خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

قال: **وإذا حطّ البائع عن المشتري بعض الثمن [٢٢٦/أ] سقط ذلك عن الشفيع. وإن حطّ جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع.**[2]

لأن حطّ البعض يلتحق بأصل العقد. ويكون الثمن ما بقى. وكذلك إذا حطّ بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتّى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حطّ الكلّ. لأنّه لا يمكن إلحاقه بأصل العقد بحال. لأنّه يكون بيعاً بلا ثمن.

قال: **وإن زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم الزيادة الشفيع.**

لأنه استحقّ الشفعة بالثمن الأوّل ففي اعتبارها ضرر به بخلاف الحط. لأنّه منفعة له فيظهر في حقه.

قال: **وإن اجتمع شفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم. ولا يعتبر اختلاف الأملاك.**

وقال الشافعي على مقادير الأنصباء. لأنّ السبب هو الملك فيستحقّ بقدره كالربح والغلة والثمرة والولد.[3] ولنا أن السبب الموجب لاستحقاق الكلّ. هو الاتّصال. وقد استووا فيه فيستوون في الاستحقاق. ألا يرى أنه لو تفرد صاحب عشر العشر يستحقّ كمال الشفعة فكان الاتّصال وإن قل سبباً كاملاً وكثرة الاتّصال تشعر بكثرة العلة. والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته. ولا قوّة هنا لظهور الأخرى بمقابلته. وتملك ملك غيره لا يكون ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة ونحوها. ولو أسقط أحدهم حقّه فهي للباقين في الكلّ على عددهم. ولو كان البعض غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم لاحتمال أن لا يطلبها الغائب. فإن قضى لحاضر بالجميع ثمّ حضر آخر يقضى له بالنصف. ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كلّ واحد منهما تحقيقاً للتسوية. ولو سلّم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف. لأنّ بالقضاء قطع حقّ الغائب عن النصف.

---

[1] ه : هداية

[2] ف : - عن الشفيع

[3] أ، ف، ق : والولد والثمرة

قال: **ومن اشترى داراً بعروض أخذها الشفيع بقيمته. وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله. وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كلّ واحد منهما بقيمة الآخر.**

لأن الشفيع إنّما يأخذ الدار بما قام على المشتري. فإن قامت عليه بذوات القيم يأخذها بقيمها. وإن قامت عليه[1] بذوات الأمثال يأخذها بمثلها كالإتلاف. ه[2] والعددي المتقارب من ذوات الأمثال.

قال: **وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثمّ علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة.**

لأنه إنّما سلم لاستعظامه الثمن في الأوّل أو لتعذر الجنس الذي بلغه عليه. وتيسر ما بيع به في الثاني. لأنّ الجنس مختلف. وكذا كلّ مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر. لأنّ الواجب فيه القيمة. وهي دراهم أو دنانير.

قال: **وإن بان أنها بيعت بدينار قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة.**

وقال زفر له الشفعة لاختلاف [٢٢٦/ب] الجنس. ولنا أن الجنس متحد في حقّ الثمنية. ألا ترى أنه يضمّ أحدهما إلى الآخر في حقّ الزكاة.

قال: **وإذا قيل له "إن المشتري فلان" فسلم الشفعة ثمّ علم أنه غيره فله الشفعة.**

لتفاوت الجوار. ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره. ولو بلغه شراء النصف فسلم ثمّ ظهر شراء الجميع فله الشفعة. لأنّ التسليم لضرر الشركة. وفي عكسه لا شفعة له في ظاهر الرواية. لأنّ التسليم في الكلّ تسليم في إبعاضه.

قال: **ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم في الشفعة إلا أن يسلمها إلى الموكّل.**

لأن حقوق العقد يرجع إلى العاقد. لكن بالتسليم ينتهي وكالته ويبطل حقّه. ه[3] وتسليم الأب والوصي والوكيل الشفعة جائز عندهما خلاف محمد وله الطلب إذا بلغ. وعلى هذا الخلاف إذا بلغهم شراء دار بجوار دار الصبي أو الموكّل. لأنّه حقّ لغيره فلا يملكون إبطاله. ولهما أنه تجارة فيملكون تركها. شب[4] ولو قال اشتريتها فسلم ثمّ ظهر أنه اشتراها لغيره فتبطل عند محمد. وقال أبو حنيفة لا تبطل.

قال: **ومن باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له.**

---

[1] ف : - عليه

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

[4] شب : شرح بكر خواهر زاده

لعدم الجوار والاتّصال. وكذا إذا وهب له هذا المقدار وسلمه إليه.

قال: **وإن ابتاع منها سهماً بثمن ثمّ ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأوّل دون الثاني.**

لأن المشتري صار خليطاً في الدار. والخليط أحقّ من الجار. وإن أراد أن لا يأخذ الجار السهم الأوّل. يشتري عشرها بجميع ثمنها إلا درهم ويشتري تسعة أعشارها بدرهم.

قال: **وإن ابتاعها بثمن ثمّ دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب.**

لأن الثمن هو العوض عن الدار. والاحتيال فيه أن يشتري الدار بأضعاف قيمتها. ويعطيه ثوباً بقدر قيمته. لكن فيه ضرر بالبائع. لأنّه إذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كلّ الثمن عليه والأوجه أن يباع الدراهم الثمن دينار حتّى إذا استحقّ المشفوع يبطل الصرف فيجب ردّ الدينار لا غير.

قال: **ولا يكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف ويكره عند محمد.**

لأن الشفعة إنّما وجبت لدفع الضرر. وفي إباحة الحيلة إلحاق الضرر. ولأبي يوسف أن الاشتغال بدفع الحقّ لا يكره كما لو اشتغل بدفع الحدّ بالترويج وبدفع الربا. وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة. **جت**[1] إنّما لا يكره هذه الحيلة قبل الوجوب عند أبي يوسف عدلاً كان الشفيع أو فاسقاً. وقال محمد يكره. وقيل لا يكره بالاتّفاق. وأما بعد الوجوب **شس**[2] لا يكره إذا لم يقصد الإضرار بالشفيع. **شذ**[3] يكره. **ط**[4] سلم الخليط في حقّ المبيع والجار الشفعة فلجار الطريق الشفعة في الطريق والمنزل. ثمّ قال وهذا يدلّ أن الشفعة كما تجب [٢٢٧/أ] لجيران المبيع تجب لجيران حقّ المبيع.

قال: **وإذا بنى المشتري أو غرس ثمّ قضى الشفيع بالشفعة فهو بالخيار. إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس. وإن شاء كلف المشتري قلعه.**

وعن أبي يوسف لا يكلف القلع. ولكن يخير بين أن يأخذه بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك. وبه الشافعي. لأنّه بنى وغرس على ملكه. والقلع من أحكام العدوان. فلا يكلف به كالموهوب له والمشتري شراءً فاسداً وكما إذا زرع المشتري. فإنه لا يكلف بالقلع. وجه ظاهر الرواية أنه بنى في محلّ للغير حقّ متأكد به من غير تسليط من جهة من له الحقّ. فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون. وهذا لأنّ حقّ الشفيع أقوى من حقّ المشتري لتقدمه عليه. ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من التصرفات بخلاف الهبة

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي

[2] شس : شرح السرخسي

[3] شذ : شرح أبي ذر

[4] ط : المحيط

والشراء الفاسد عند أبي حنيفة. لأنّه حصل بتسليط من له حقّ. وأما الزرع فيقلع قياساً. وإنما لا يقلع استحساناً. لأنّ له نهاية معلومة. ويبقى بالأجر. هـ[1] وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كالغصب.

قال: **وإن أخذها الشفيع فبنى وغرس فيها ثمّ استحقت رجع بالثمن. ولا يرجع بقيمة البناء والغرس.**

لأنّه تبين أنه أخذ الثمن بغير حقّ. وإنما لا يرجع بقيمة البناء والغرس خلاف أبي يوسف لعدم الغرور والتسليط لا من البائع ولا من المشتري بخلاف المشتري حيث يرجع. لأنّه مغرور من جهة البائع ومسلط عليه.

قال: **وإن انهدمت الدار أو احترقت بناؤها أو جفّ شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار. إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك.**

لأن البناء والغرس تابع حتّى دخلا في البيع من غير ذكر. فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً بالفعل. ولهذا يبيعها مرابحة بكلّ[2] الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته. لأنّ الغائب بعض الأصل.

قال: **وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع "إن شيئت فخذ العرصة بحصتها وإن شئت فدع."**
لأنّه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف ما مرّ. لأنّ الهلاك بآفة سماوية.

قال: **وليس له أن يأخذ النقض.**

لأنه صار مقصوداً فلم يبق تبعاً.

قال: **ومن ابتاع أرضاً وعلى[3] نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها.**[4]

يعني إذا ذكر الثمن في البيع. لأنّه لا يدخل من غير ذكر. وهذا استحسان. والقياس أن لا يأخذه. لأنّه ليس بتبع للنخل. فأشبه المتاع في الدار. وجه الاستحسان أنه باعتبار التركب فيه صار تبعاً كالبناء والأبواب والسدد المركبة. وكذلك إذا أثمر بعد البيع في يد المشتري. لأنّه شرى إليه البيع كالولد.

قال: **فإن أخذها المشتري سقط عن الشفيع [٢٢٧/ب] حصته في المحدود وقت البيع.**

إليه. الجوهرة النيرة ٣/١٠٤.

لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن بخلاف الموجود بعد البيع. لأنّه تبع على كلّ حال فيأخذه سوى الثمن[1] بجميع الثمن. ولا يأخذ الثمر[2] في الوجهين.

قال: **وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية. وإن وجد بها عيباً فله أن يردها به وإن كان المشتري[3] شرط البراءة منه.**

لأن الأخذ بالشفعة كالشراء. لأنّه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كالشراء. ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته. لأنّه ليس بنائب من الشفيع. فلا يملك إسقاطه.

قال: **وإن ابتاع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار. إن شاء أخذها بثمن حال. وإن شاء صبر حتّى ينقضي الأجل ثمّ يأخذها.**

وقال زفر والشافعي في القديم له الأخذ بثمن مؤجل. لأنّ الأجل وصف الثمن[4] كالزيافة والأخذ بالشفعة به. فيأخذه بأصله ووصفه كالزيوف. ولنا أن الأجل أنّما ثبت بالشرط. ولا شرط بين الشفيع وأحد المتعاقدين. ولم يكن الرضى في حقّ المشتري رضاءً بالشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وسهولة القضاء. وليس الأجل وصفاً للثمن. لأنّه حقّ المشتري وصار هذا كما إذا اشترى بثمن مؤجل ثمّ ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر. كذا هذا ثمّ إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري. وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لبقاء الأجل في حقّه فصار كما إذا باعه بثمن حال وإن اختار الانتظار له ذلك. لأنّ له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية. وقول المصنف وإن شاء صبر حتّى ينقضي الأجل. مراده الصبر عن الأخذ. أما الطلب عليه في الحال حتّى لو سكت عنه بطلت شفعته عندنا إلا في قول أبي يوسف الأخر لتمكنه من الأخذ في الحال بالثمن الحال.

قال: **وإن اقتسم[5] الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة.[6]**

لأن في القسمة معنى الإفراز. ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة لم يشرع إلا في المبادلة المطلقة.

بالشفعة. الفتاوى الهندية ٥/١٦٤.

قال: **وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثمّ ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع.**

لأنه فسخ من كلّ وجه فعاد إلى قديم ملكه. ولا فرق بين القبض وعدمه.

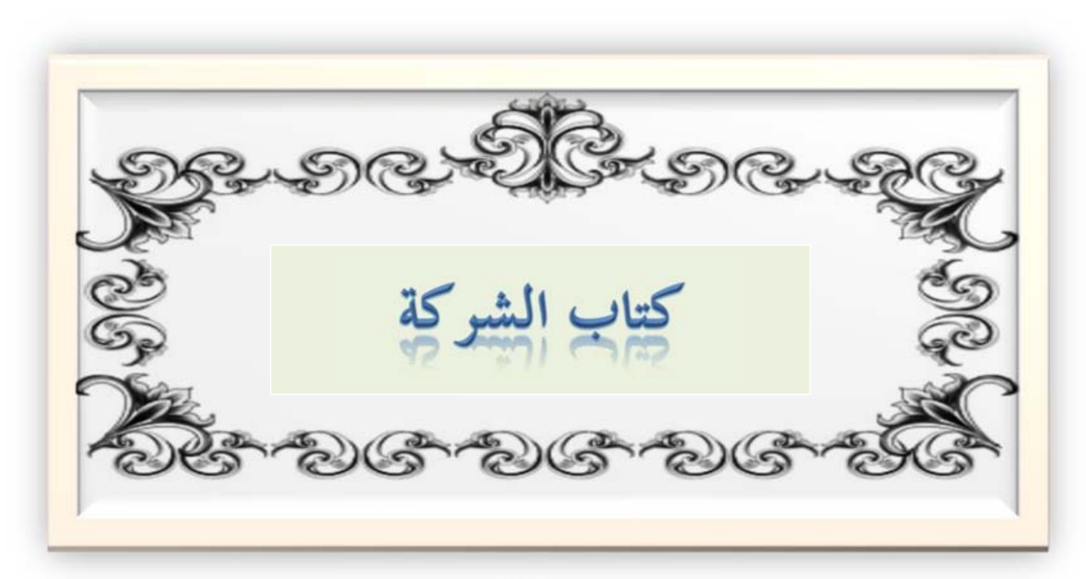
قال: **وإن ردها[1] بغير قضاء قاض أو تقائلا فللشفيع الشفعة.**

لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وبيع جديد في حقّ الثالث لوجود حده. وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي. والشفيع ثالث. ومراد المصنف الردّ بالعيب بعد القبض. لأنّ قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء. والله أعلم.[2]

---

[1] ف، ق : + بعيب

[2] أ، ف : - والله أعلم



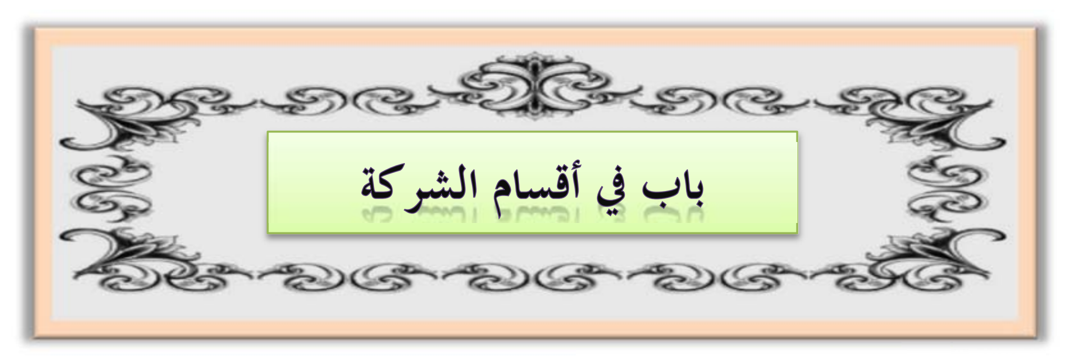


١٣ كتاب الشركة

الأصل في جواز الشركة[1] ما روي « **أن أسامة بن شريك قال للنبي ﷺ أتعرِفُني قال وكيف لا أعرِفُك وكنتَ شريكي وكنتَ نعم الشريك لا تُمارِي** [٢٢٨/أ] **ولا تُداري** »[2] أي لا تلج ولا تخاصم. ولأنه ﷺ بعث والناس يتعاملونها فقرهم عليها.[3]

أبو داود السنن "**أدب**" ٢٠؛ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٦٣؛ أحمد بن حنبل

منكر. المبسوط ١٥٠/١١



١٣. ١ باب في أقسام الشركة

قال: **الشركة على ضربين. شركة أملاك وشركة عقود. فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها. فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأمره. وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي.**

لعدم الرضا بالتصرف في ملك صاحبه لا صريحاً ولا دلالة. وشركة الأملاك كما يحصل بهذين الشيئن يحصل بغيرهما كما إذا اتّهبا عيناً واستوليا عليها أو قبلا الوصية فيها أو اختلط مالهما بصنعهما أو بغير صنعهما خلطاً مانعاً من التمييز[١] أصلاً محرجاً أو لا يخرج. ويجوز لبيع أحدهما نصيبه من شريكه وغير شريكه في هذه الفصول بغير إذنه إلا في فصل الخلط والاختلاط. فإنه لا يجوز إلا بإذنه. قلت فالحاصل أن شركة الأملاك ما يحصل بدون عقد الشركة. وهي نوعان بفعلهما أو بغير فعلهما. وكان المصنف أشار إلى النوعين من غير استقصاء.

قال: **والضرب الثاني شركة العقود. وهي على أربعة أوجه. مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه.**

ويسمّى شركة الوجوه وشركة التقبل وشركة الأبدان. وركن الشركة الإيجاب والقبول. وهو أن يقول أحدهما لصاحبه "شاركتك في كذا وكذا" ويقول الآخر "قبلت." وشرطه أن يكون التصرّف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما. فيتحقّق حكمه المطلوب منه والربح يستحقّ بأحد معان ثلاثة. أما بالمال كرب المال في المضاربة أو بالعمل كالمضارب أو بضمان العمل كمن استأجر قصاراً ليقصر له ثوباً بدرهم ثمّ استأجر القصّار أجيراً ليقصر له ذلك الثوب بنصف درهم جاز. ويطيب له نصف درهم بضمان العمل.

١٣. ١. ١ فصل في شركة المفاوضة

قال: **فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما.**

---

[١] أ : التميز

لأنها شركة عامّة في جميع التجارات. يفوض كلّ واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق. لأنها مشتقة من المساواة. قال قائلهم: لا يصلح الناسُ فَوْضى لا سَراةَ لهم ولا سراة إذا جُهّالهم سادوا[1] أي مساويين. ولا بدّ من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً. وذلك في المال الذي يصحّ الشركة فيه دون ما لا يصحّ. ك[2] وتعتبر هذه المساواة في رأس المال قدراً وقيمة حتّى لو كان لأحدهما ألف بيض ولآخر ألف سود وبينهما فضل قيمة لا يجوز في ظاهر المذهب. لأنّه تعتبر زيادة القيمة بزيادة الوزن. وعند أبي يوسف يجوز. لأنّ الجودة ساقطة الاعتبار فيها إذا لاقت جنسها. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا [٢٢٨/ب] كان لأحدهما دراهم ولآخر دنانير لا يصحّ. لأنّ المساواة تعلم بالحزر لا تعينا.[3] هـ[4] وكذا في[5] التصرّف. لأنّه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر فات التساوي. وكذا في الدين. وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً لا قياساً. وبه الشافعي. وقال مالك لا أدري ما المفاوضة. وجه القياس أنها تضمنت الوكالة والكفالة بمجهول الجنس. وإنها توجب الفساد. وجه الاستحسان قوله ﷺ « **فاوِضوا فإنه أعظم للبركة** »[6] وروي تفاوضوا. وكذا الناس تعاملوها من غير نكير فترك القياس به. والجهالة متحملة تبعاً كالمضاربة. ك[7] فإن زاد أحد المالين بعد العقد قبل الشراء أو اشترى أحدهما وزاد مال الآخر ينتقض المفاوضة. فإن اشتريا ثمّ زاد لا يضرّ. وكل موضع عدم شرط المفاوضة وإنه ليس بشرط في العنان يصير عناناً. لأنّه أتى بمعنى العنان بلفظ المفاوضة. وعن أبي حنيفة لا تصحّ المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة. قال الكرخي وهو قولهما. لأنّ العوام لا يقف على شروطها لا جرم إن كان العاقد يمكنه استيفاء المعنى يجوز. وإن لم يتلفظ بالمفاوضة.

قال: **ويجوز بين الحرين المسلمين العاقلين البالغين أو ذميين. ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ ولا بين المسلم والكافر.**

لأن الصبي والمملوك لا ينفذ تصرفهما إلا بإذن الولي. ولا تصحّ كفالتهما بخلاف الحر الكبير. والكافر يملك التصرّف في الخمور والخنازير دون المسلم. وهذا عندهما. وقال أبو يوسف يجوز بين المسلم والذمي. لأنّه لما تساويا في الوكالة والكفالة فلا عبرة بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الحنفي

---

[1] ... مفاوضة. المبسوط ١٥٢/١١.

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[6] ... "نصب الراية" ٤٧٦/٣.

[7] ك : الكفاية للبيهقي

والشافعي جائزة مع تفاوتهما في التصرّف في متروك التسمية وجلود الميتات والكلاب المدبوغة. هـ[1] ولا يجوز بين العبدين. ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحّة الكفالة.

قال: **وينعقد على الوكالة والكفالة.**

لتحقق المقصود. وهو الشركة في المال وليتحقّق المساواة فيما هو من مواجب التجارات. وهو توجه المطالبة نحوهما.

قال: **وما يشتريه كلّ واحد منهما تكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم.**

وكذا[2] لأنّ الحاجة إليها معلوم الوقوع وتعذر إيجابها على صاحبه فاستثنيت للضرورة. والقياس أن يكون على الشركة لما مرّ. وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء المشتري بالأصالة. وصاحبه بالكفالة. ويرجع الكفيل على المشتري بحصة ما أدى. لأنّه قضى[3] ديناً عليه من مال مشترك.

قال: **وما يلزم كلّ واحد منهما من الديون بدلاً عما يصحّ فيه الاشتراك فالآخر ضامن له.**

بحكم الكفالة فيما تصحّ فيه الاشتراك. هـ[4] وهو الشراء والبيع والاستئجار. وما لا يصحّ فيه الاشتراك النكاح [٢٢٩/أ] والخُلع والجناية والصلح عن دم العمد وعن النفقة. ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة. وقالا لا يلزم. لأنها تبرع. ولأبي حنيفة أنها تبرع ابتداءً معاوضة بقاءً لاستيجابة الضمان على المكفول عنه بما أدى عنه إذا كانت الكفالة بأمره. والأصحّ أن الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه. وعن أبي حنيفة أن القرض يلزمه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة. لأنّه معاوضة انتهاءً.

قال: **فإن ورث أحدهما مالا تصحّ فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة. وصارت الشركة عناناً.**

لعدم المساواة فيما يصلح رأس المال. وإنها ليست بشرط في العنان فيبقى معنى العنان. ولو ورث أو اتهب عرضاً أو عقاراً لا يفسد لعدم صحّة الشركة فيها.

قال: **ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة.**

---

[1] ه : هداية
[2] أ، ف، ق : + الإدام
[3] أ : أدى
[4] ه : هداية

وقال مالك يجوز بالمكيل والموزون والعروض أيضاً إذا كان الجنس واحداً كالنقود. ولنا أن الشركة في غير النقود يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن. وإنه حرام بالنص. وإنما قلنا ذلك. لأنّ من اشترى بعرض غيره لا يصير العرض مضموناً عليه. وهو أمانة عنده إن سلّم تمّ البيع. وإن هلك بطل. ولا شيء عليه فما يأخذ كلّ واحد منهما من ربح مال صاحبه يجوز[1] من ربح ما لم يضمنه تحلاً والنقود وما يعامل بها معاملة النقود في الثمنية. فإن من اشترى بها شيئاً لا يتعلّق العقد بها بعينها بل بمثلها ديناً في الذمة فسواء هلكت الدراهم أو سلمت فهو في ضمانها ووجبت ديناً في ذمته.[2] فكان كلّ واحد منهما كذا ربح ما ضمن فجاز. هـ[3] وأما جوازها بالفلوس النافقة فقالوا هذا قول محمد. لأنها لا يتعين بالتعين. وأما عندهما فلا يجوز الشركة والمضاربة بها. لأنّ ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة. وعن أبي يوسف مثل قول محمد. والأول أقيس وأظهر. شب[4] والمفاوضة في نوع خاصّ يجوز من شرطه جواز الشركة أن يكون رأس المال عيناً حاضراً في المجلس أو غائباً مشار إليه.

قال: **ولا يجوز بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما.**

لأنها بالتعامل التحقت بالأثمان. ولا تعتبر بالتعين حينئذ. وفي رواية الجامع الصغير التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في الشركات .وفي رواية الأصل لا يتعين فيصلح. ولا يجوز بالمكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط. ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته. فإن خلطا ثمّ اشتركا فكذلك عند أبي يوسف. وهي شركة ملك. وهو الظاهر لتعينه بعد الخلط أيضاً. وعند محمد تصحّ شركة العقد. وثمرته تظهر عند اشتراط التفاضل في الربح. [٢٢٩/ب] ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها إجماعاً.

قال: **وإذا أراد الشركة بالعروض باع كلّ واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثمّ عقد الشركة.** هـ[5] ذ[6] شس[7]

ويكون شركة أملاك لما مرّ. جس[8] شب[1] لو باع أحدهما نصف دراهمه بنصف عروض صاحبه أو نصف عروضه بنصف عروض صاحبه وتقابضا صارا شريكين إن شاء مفاوضة. وإن شاء أعناناً. وفي بعض

---

[1] أ، ف، ق : يكون
[2] أ : - في ذمته
[3] ه : هداية
[4] شب : شرح بكر خواهر زاده
[5] ه : هداية
[6] ذ : الذخيرة البرهانية
[7] شس : شرح السرخسي
[8] جس : أجناس الناطفي

النسخ الحيلة في جواز الشركة بالعروض أن يبيع كلّ واحد نصف عروضه بنصف عروض صاحبه ثمّ يوكل كلّ واحد منهما صاحبه ببيع العروض بالنقود ثمّ يضيفان الشركة إلى أثمان العروض فيعقدان مفاوضة أو عناناً. فإن إضافة الشركة إلى وقت في المستقبل جائز. لأنّه توكيل. قلت وفي الكتاب إشارة إلى هذا. لأنّه قال باع كلّ واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثمّ عقد الشركة. يعني بأثمانهما. لأنّ الثابت بالبيع شركة أملاك لا شركة عقد على ما بينا. م[2] ثم[3] قال محمد عروض بين رجلين اشتركا فيها شركة عنان أو مفاوضة جاز.

٢ .١ .١٣ فصل في شركة العنان

قال: **وأما شركة العنان فينعقد على الوكالة دون الكفالة.**

أما الوكالة فتحقيقاً لمقصود الشركة. وأما عدم الكفالة فلأن اللفظ لا ينبئ عن المساواة. ك[4] واشتقاق العنان من عنّ له الشيء إذا ظهر. قال الشاعر: فعن لنا شرب كأنّ نِعاجه[5] فلما جعل كلّ واحد من الشريكين للآخر أن تشتري ما يعنّ له سميت عناناً. وقيل من عنان الدابّة. لأنّ الفارس يمسك بملك العنان بإحدى يديه. ويتصرف بالأخرى كيف شاء. فكذا شريك العنان يشارك ببعض ماله. ويتصرف في نفسه كيف شاء.

قال: **ويصحّ التفاضل في المال**

للحاجة إليه.

قال: **ويصحّ[6] أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح.**

وقال زفر والشافعي لا يجوز. لأنّ التفاضل يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن في حقّ الزيادة. لأنّ الضمان بقدر رأس المال. ولنا قوله ﷺ « **الربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالين** »[7] ولم يفصل. ولأن الربح كما يستحقّ بالمال يستحقّ بالعمل كالمضاربة. وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى

---

[1] شب : شرح بكر خواهر زاده

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[3] أ، ف، ق : - ثم

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] [illegible] عنانا. بدائع الصنائع ٥٧/٦.

[6] أ : ويجوز

[7] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٦٧/٤.

وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل في الربح. ويكون ربح الثمن الذي اشترى به. ويكون[1] في ضمانه فكان ربح ما ضمن.

قال: **ويجوز أن يعقدها كلّ واحد منهما ببعض ماله دون البعض.**

لما مرّ.

قال: **ولا تجوز[2] إلا بما بيّنا أن المفاوضة تصحّ به.**

لما بيّنّا. وتعيين المال فيهما شرط. لأنّه لاستنماء المال. واستنماء المال لا يتصوّر إلا بعد وجود المال العين.

قال: **ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن جهة الآخر دراهم.**

وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود. وقال زفر والشافعي لا يجوز. لأنّ الخلط عندهما شرط. وإنه لا يتحقّق بين مختلفي الجنس. والخلط ليس بشرط عندنا كما [٢٣٠/أ] في الوكالة.

قال: **وما اشتراه كلّ واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر.**

لما بيّنّا أنه يتضمّن الوكالة دون الكفالة. والوكيل هو الأصل في الحقوق.

قال: **ثمّ يرجع على شريكه بحصته منه.**

يعني إذا أداه من مال نفسه. لأنّه وكيل من جهته في حصته. فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة. لأنّه يدّعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه.

قال: **وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة.**

لفوات محلها. وهو المال. لأنّ المال يتعين فيه كما في الهبة والوصية بخلاف المضاربة والوكالة المفردة. لأنّه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين. وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف. وأي المالين هلك هلك من مال صاحبه إذا كان في يده فظاهر. وكذا إذا كان في يد الآخر. لأنّه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لعدم التميز.

قال: **وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترَى بينهما على ما شرطا.**

---

[1] أ، ق : وهو

[2] ق : ولا تصح

لأن الملك وقع مشتركاً بينهما وقت الشراء فلا يتغير. ويكون شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن حتّى إن أيهما باع جاز بيعه. لأنّ الشركة تمّت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال قبل تمامها.

قال: **ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه.**

لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع. فإن هلك ثمّ اشترى الآخر بماله. فإن كان صرحا[1] بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا شركة ملك لبقاء الوكالة. وإلا فالمشترى للذي اشتراه خاصّة. لأنّ الوكالة الضِمنية بطلت ببطلان متضمنها بخلاف المصرحة.

قال: **ويجوز الشركة وإن لم يخلطا المالين.**[2]

وقال زفر والشافعي لا يجوز. لأنّ الربح فرع المال. ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل. وإنه بالخلط حتّى لا تكون المضاربة شركة عندهما. وما يأخذه المضارب عماله يعمله. ولا تصحّ شركة التقبل عندهما. والتفاضل في الربح في العنان لهذا الأصل. ولنا أن الشركة في الربح يستند إلى العقد دون المال. لأنّ العقد يسمّى شركة. فلا بدّ من تحقيق معنى هذا الاسم فلم يكن الخلط شرطاً. لأنّ الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال. وإنما يستفاد بالتصرف. لأنّه في النصف أصيل وفي النصف وكيل. وإذا تحققت الشركة بدون الخلط تحققت في المستفاد به. وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح. وتصح شركة التقبل.

قال: **ولا تجوز[3] الشركة إذا شرطا لأحدهما دراهم مسمّاة من الربح.**

لأنه يوجب انقطاع الشركة إذا لم يخرج إلا المسمّى .

قال: **ولكل واحد من المفوضين وشريكي العنان أن يبضع المال.**

لأن [٢٣٠/ب] الإبضاع إيداع وتوكيل والشريك يملك كليهما.

قال: **ويدفعه مضاربة ويوكل من يتصرف فيه ويده في المال يد أمانة.**[4]

لأنها دون الشركة فيتضمّنها. ولأن المضارب أمين. وإن استأجر ببدل مضمون جاز. فإذا استأجر ببدل غير مضمون أولى أن يجوز.

أمانة

١٣. ١. ٣ فصل في شركة الصنايع

قال: **وأما شركة الصنايع فالخيّاطان والصبّاغان يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك.**

وقال الشافعي لا يجوز لما بيّنا من أصله أن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال. ولنا أن التوكيل بقبول العمل جائز. فكان كلّ واحد منهما أصيلاً في النصف وكيلاً في النصف فجازت الشركة. ه[١] ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر. ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز استحساناً لا قياساً. لأنّ الضمان بقدر العمل فالزيادة ربح ما لم يضمن كشركة الوجوه. والاستحسان أن ما يأخذه لا يأخذه ربحاً. لأنّ الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف. لأنّ الربح مال ورأس المال عمل. وإنه يتقوّم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به بخلاف شركة الوجوه. لأنّ جنس المال متّفق فيه الربح. وربح مال لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة. ك[٢] شركة الصنايع إذا أطلقت فعنان. وإن شرط فيها المفاوضة فمفاوضة. لأنهما ضمّا إليه الكفالة.

قال: **وما يتقبله كلّ واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه.**

حتّى أن كلّ واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر أيضاً ويبرأ الدافع إليه. وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحساناً لا قياساً. لأنّ الكفالة تقتضي المفاوضة. لكنا نقول هذه الشركة تقتضي الضمان. ألا ترى أن ما يتقبله كلّ واحد منهما مضمون على الآخر.

قال: **فإن عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفان.**[٣]

يعني بضمان العمل. فإن كانا[٤] اشترطا العمل نصفين فالكسب بينهما نصفان. وإن اشترطا العمل أثلاثاً فالكسب كذلك أثلاثاً. لأنّ استحقاق الكسب باشتراط العمل والتقبل دون نفس العمل. فلهذا لو عمله[٥] أحدهما فالأجر بينهما كالعنان. شب[٦] يجوز أن يستويا في الكسب. وإن تفضل أحدهما صاحبه بأن يشترط المال أثلاثاً والعمل نصفين. ص[٧] مثله ك[٨] ولو اشترطا الكسب أثلاثاً و لم ينسبا العمل إلى نصفين

---

١ ه : هداية
٢ ك : الكفاية للبيهقي
٣ ق : + بالضمان
٤ ف : كان
٥ أ : علمه
٦ شب : شرح بكر خواهر زاده
٧ ص : الأصل لمحمد بن الحسن
٨ ك : الكفاية للبيهقي

فالعمل أثلاثاً. والتنصيص على كيفية الكسب تنصيص على كيفية العمل والوضيعة على قدر الضمان كالكسب. وما جَنَتْ يد أحدهما فالضمان عليهما.[1] يأخذ أيهما شاء استحساناً. وعن أبي يوسف أقرّ أحدهما بثوب لإنسان جاز ذلك على الآخر استحساناً. وعن محمد لا يصدق على شريكه قصّار له أداة القصّارين وآخر له بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا على أن الكسب بينهما نصفان جاز. وكذلك كلّ حرفة. لأنّ الكسب بدل عن العمل وصار العمل مضموناً عليهما وجازت هذه الشركة وإن لم يخصا صنفاً. [٢٣١/أ]

٤ .١ .١٣ فصل في شركة الوجوه

وقال: **وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا.**

سميت به. لأنّه لا يشتري بالنسيئة الأمن له وجاهة عند الناس. ثمّ إذا أطلقت فعنان. وإن شرطا المفاوضة فمفاوضة لما مرّ. وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي لما مر.

قال: **وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه.**

لأن التصرّف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية. ولا ولاية هنا فتعين الوكالة.

قال: **فإن شرطا أن يكون المشتري بينهما نصفان فالربح كذلك. ولا يجوز أن يتفاضلا فيه. وإن شرطا[2] أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك.**

لأن هذه شركة ملك فكان الربح بقدر الملك. وشرط الزيادة ربح ما لم يضمن. وإنه لا يجوز إلا في المضاربة للضرورة أو لأنما عماله عمله.

---

[1] الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الأخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية. بدائع الصنائع ٧٦/٦.

[2] ق : اشترطا

١٣. ١. ٥ فصل في الشركة الفاسدة

قال: **ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كلّ واحد منهما فهو له دون صاحبه.**

وعلى هذا الاشتراك في كلّ شيء مباح. لأنّ الشركة تتضمن معنى الوكالة. والتوكيل في أخذ المباح باطل. لأنّ أمر الموكّل لا يصحّ. والوكيل يملكه بغير أمره فلا يصلح نائباً عنه. وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ. فإن أخذا[1] معاً فبينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق. وإن أخذه أحدهما فهو له. وإن أعانه الآخر في عمله بأن قطعه أحدهما وجمعه الآخر أو حمله فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك.

قال: **وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم يصحّ الشركة والكسب كله للذي استقى عليه أجر مثل الراوية إن كان صاحب البغل. وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل.**

أما فساد الشركة فلما بيّنّا أنها وقعت على أخذ المباح. وأما وجوب الأجر فلأن المباح لما صار ملكاً للمسقي. وقد استوفى منافع ملك الغير. وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره.

قال: **وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل فيه.**

لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كالريع تابع للبذر في المزارعة.[2]

قال: **وإذا مات أحد الشريكين[3] أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة.**

لأنها تعتمد الوكالة. وقد بطلت بالموت. وكذا باللحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه. لأنّه بمنزلة الموت وسواء علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم. لأنّه عزل حكمي. جش[4] قال محمد إذا كانت الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفان أو أقلّ أو أكثر لا يجوز. وإنما يجوز إذا كان البيض والعمل منهما أو القز بينهما على قدر [٢٣١/ب] الشركة في البيض نصفان أو أثلاثاً. ولو استويا في البيض وتفاضلا في القز لم يجز. وينبغي أن يشترط العمل على صاحب الورق أيضاً.

بالتسمية. الهداية ٣/١٢.

٣ أ : المتعاقدين

٤ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

فإن لم يعمل لا يضره. ط[1] دفع بذر الفيلق إلى رجل ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق فالفيلق لصاحب البذر وللذي قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثل عمله. جت[2] شرطا العمل في العنان على أحدهما أن شرط الربح على قدر رأس المال جاز. ويكون مال من لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربح وعليه وضيعته. وإن شرطا الربح للعامل أكثر من قدر ماله جاز. ويكون مال صاحبه عنده مضاربة. وعلى عكسه لم يجز. شب[3] ولا أجر لواحد منهما بعمله في مال صاحبه. صغر[4] شرطا التفاضل في الوضيعة تبطل[5] الشرط. والشركة صحيحة. شع[6] ق[7] الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل الشرط. وتبقى الشركة صحيحة. شح[8] اشتركا في نوع واحد في العنان فاشترى أحدهما من تلك التجارة لنفسه وأشهد عليه عند الشراء فهو بينهما. لأنّ كلّ واحد منهما في ذلك النوع كالوكيل بشراء شيء بعينه عن دفع بقرته إلى رجل على أن يحصل من لبنها من الرائب والمصْلِ والسمن فهو بينهما نصفان ففعل ذلك كله فاللبن القائم لصاحب البقرة وغير ما اتخذ المستأجر من ذلك للمستأجر. لأنّه انقطع حقّ المالك عنه. ويدفع مثل ذلك اللبن إلى مالكها وعلى المالك قيمة العلف وأجرة قيام المستأجر عليها. لأنّه غير متبرع. والحيلة أن يبيع نصف البقرة بثمن معلوم ثمّ يأمره بذلك فيكون المتحد بينهما.

١٣. ١. ٦ فصل الربح في الشركة م[9]

عن محمد اشترى عبداً فقال له رجل "اشركني فيه بعد القبض" فقالت "أنت شريكي فيه" فله نصفه. وعن أبي حنيفة لو قال "اشركني فيه" فقال "أشركتك" فقال "لا أقبل" كان له ذلك. ولو اشترى حنطة ثمّ أعطي على طحنها درهماً وعلى خبزها درهماً فقال له رجل "اشركني في الخبز" فقال "أنت شريكي فيه" فهو شريكه بنصف ثمن الحنطة ونصف النفقة. وكذلك هذا في القطن وغزله وحياكته وفي السمسم وعصره. ولو طحن وخبز وغزل وحاك بنفسه فعليه نصف الثمن فقط. وعن أبي يوسف ولو اشترك فيه رجلاً على أن ينقد ثمنه فهو فاسد. وعن محمد قال لأخر "أشركتك فيما اشترى من الرقيق هذه السنة" ثمّ اشترى عبداً لكفّارة ظهار وأشهد عليه فهو بينهما إلا أن يأذن له الشريك. وكذا إذا اشترى

---

[1] ط : المحيط
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[5] ف : بطل
[6] شع : شرح عقيلي
[7] ق : القدوري
[8] شح : شمس الأئمة الحلواني
[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد

طعاماً لأهله وقد أشركه فيما يشتري من الطعام. **جت**[1] اشترى أرضاً فزرعها فاشترك في الأرض والزرع جاز. ولو أشرك في الزرع وحده لم يجز. وفي الرقّيات وكل أحد الشريكين بقبض نصيبه من الدين ضمنه الشريك نصف ما أخذ الوكيل. **شب**[2] ولو ضاع في يد الوكيل فليس للشريك تضمين الوكيل في عامّة الروايات. **جت**[3] إبراء الموصا له أحد الابنين [٢٣٢/أ] فالبراءة لهما وتوقف نصف الثلث. ولو كانا في سفينة فقال "ألق متاعك على أن متاعي بيننا نصفان" ضمن نصف قيمته. وعن أبي يوسف "من رمى بشيء في السفينة في الماء إذا خفنا فهو بيننا بالحصص" فهو باطل.[4] **نم**[5] **جت**[6] ذكر في الصيد حديثاً يدلّ على الهدية مشتركة بين المُهدى إليه وبين جلسائه. **طح**[7] هذا إذا كان يحتمل القسمة وهو مهاياً للأكل يجعل من ذلك حظاً لأصحابه ويمسك البقية. وإن كان لا يحتمل القسمة أو مما يؤكل كان له.

قال: **وليس لواحد من الشريكين أن يؤدّي زكاة مال الآخر إلا بإذن.**

لأنه ليس من التجارة.

قال: **فإن أذن كلّ واحد منهما لصاحبه أن يؤدّي زكاته فأدى كلّ واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأوّل أو لم يعلم.**

وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن إذا لم يعلم. وإن أدياها معاً ضمن كلّ واحد منهما نصيب صاحبه. وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة إذا أدى على الفور بعد ما أدى الآمر بنفسه لهما. إنه مأمور بالتمليك من الفقير. لأنّه لا يندرج في وسعه إلا هذا ووقوعه زكاة بنية الآمر كالمأمور بذبح دم الإحصار ذبح بعد زواله وحج الآمر لم يضمن علم أو لا. ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة. والمؤدى لم تقع زكاة. فخالف أمره ومقصوده وهو الإخراج عن عهدة الواجب فيضمن. ولا يشترط فيه العلم. لأنّه عزل حكمي. وأما دم الإحصار فعلى هذا الخلاف. وقيل فارقه. لأنّه ليس بواجب عليه. لأنّ له أن يصير حتّى يزول الإحصار.[8]

---

١ جت : جمع التفاريق للبقالي

٢ شب : شرح بكر خواهر زاده

٣ جت : جمع التفاريق للبقالي

ضامن. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٣/٤٠٤.

٥ نم : نوري الأئمة منصوراني

٦ جت : جمع التفاريق للبقالي

٧ طح : الطحاوي

٨ أ : + والله أعلم.



بسم الله الرحمن الرحيم

١٤ كتاب المضاربة

المضاربة[1] مشتقّة من الضرب في الأرض سميت به. لأنّ المضارب يستحقّ الربح بسعيه في الأرض.[2] والأصل في جوازها إجماع المسلمين. وما روي أن العباس رضي الله عنه دفع ماله مضاربة. وشرط على المضارب أن لا يسلك به بحراً ولا يترل به وادياً ولا يشتري ذات كبد رطبة. فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فأجاز شرطه. وبعث النبي عليه السلام والناس يباشروها فقررهم عليه. وتعاملت به الصحابة.[3] وأما المعقول فلأن من الناس من هو غني بالمال غني عن التصرّف. ومنهم من هو[4] فقير ذكي في التصرف[5] فشرع المضاربة لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وللمضارب أحوال أمين ووكيل وشريك وأجير وضمين. لأنّ المدفوع إليه

---

[1] [illegible] للتجارة. المبسوط [illegible]

[2] [illegible] طلبة الطلبة [illegible]

[3] [illegible] إجماعا. بدائع الصنائع ٧٩/٦.

٤ أ : - هو

٥ أ : الشرع

أمانة. لأنّه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة. فإذا اشترى فهو وكيل لأمر مالكه به. فإذا ربح فهو شريك لتملكه جزاءً منه. فإذا فسدت صارت إجارة حتّى استوجب العامل أجر مثله. وإذا خالف صار غاصباً للتعدي.

قال: **المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الشريكين.**

معناه الشركة [٢٣٢/ب] في الربح وهو يستحقّ بالمال من أحد الجانبين

قال: وعمل[1] من الآخر.

ولا مضاربة بدونها حتّى لو شرط الربح كله لربّ المال كان بضاعة. ولو شرط كله للمضارب كان قرضاً.

قال: **ولا تصحّ المضاربة إلا بالمال الذي بيّنّا أن الشركة تصحّ به.**

لما مرّ ولو دفع إليه عرضاً. وقال "بعه واعمل في ثمنه مضاربة" جاز. لأنها تقبل الإضافة كالتوكيل والإجارة. وكذا لو قال "اقبِض مالي على فلان واعمَل به مضاربة" جاز بخلاف ما لو قال "اعمل بالدين الذي في ذمتك" حيث لا يصحّ مضاربة. لأنّ هذا التوكيل لا يصحّ عند أبي حنيفة. وعندهما يصحّ. لكن الملك في المشترا يقع للآمر فيصير مضاربة بالعرض. وإنه ممتنع. ك[2] ولو قال ربّ المال للغاصب أو المودع أو المبضع "اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف" جاز عند أبي يوسف والحسن خلافاً لزفر في الغصب.

قال: **ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً. ولا يستحقّ أحدهما دراهم مسمّاة من الربح.**[3]

لما مرّ. إنه يوجب قطع الشركة. هـ[4] ولو شرط فللمضارب أجر مثله لا يجاوز به القدر المشروط عند أبي يوسف خلاف محمد لما مرّ في الشركة. ويجب الآجر. وإن لم يربح في رواية الأصل خلاف أبي يوسف. وهذا حكم كلّ مضاربة فاسدة. والمال في المضاربة الفاسدة لا يضمن بالهلاك كالصحيحة. هـ[5] وكل شرط توجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده. وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها. ويبطل الشرط كما إذا شرط الوضيعة على المضارب.

---

[1] ف، ق : والعمل
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] أ، ف : – من الربح
[4] ه : هداية
[5] ه : هداية

قال: **ولا بدّ من أن يكون المال مسلماً إلى المضارب. ولا يد لربّ المال فيه.**

ليتمكن من التصرّف فيه. هـ[1] وشرط[2] العمل على ربّ المال مفسدة للعقد. لأنّه يمنع خلوص يد المضارب.

قال: **وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يشتري ويبيع ويوكل ويسافر ويبضع ويودع.**[3]

لإطلاق العقد والاسترباح مقصود منه. ولا يحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة. وما هو من صنيع التجار كالتوكيل والإبضاع والإيداع والمسافرة وللمودع أن يسافر بها فالمضارب أولى. ولأنها مشتقة من الضرب في الأرض. وعن أبي يوسف ليس له أن يسافر به. وعن أبي حنيفة إن دفعت في بلده فكذلك. وإن دفع في غير بلده فله أن يسافر به إلى بلده لكونه المقصود في الغالب. والأول أظهر. ك[4] إذا صحت مطلقة يملك أن يبيع نقداً ونسيئة ما شاء. ويودع ويبضع ويرهن ويرتهن ويستأجر الأجر أو المكان والسفن والدواب وتؤجل الأثمان ويحتال بها ويستأجر أرضاً فيزرعها ببعض ماله. ولا يستدين إلا بإذنه. فإن أذن فاستدان فالدين عليهما سواء. والمشترا بالدين شركة وجوه بينهما. وله في المشهور [٢٣٣/أ] أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة خلاف محمد.

قال: **وليس له أن يدفع المال مضاربة إلا أن يأذن له ربّ المال في ذلك فيقول "اعمل برأيك."**

لأنّ الشيء لا يتضمّن مثله. فلا بدّ من التنصيص عليه.[5] التفويض المطلق إليه كالوكيل ليس له أن يؤكل غيره إلا[6] إذا قيل له "اعمل برأيك" بخلاف الإبضاع. لأنّه دونه. هـ[7] ولا يملك الإقراض. وإن قيل له "اعمل برأيك." لأنّه تبرع كالهبة والصدقة. ولا يتناول إلا صنيع التجار والتبرعات ليس من صنيعهم. والدفع مضاربة. والشركة والخلط بمال نفسه من صنيعهم فيدخل في التعميم. ك[8] وينعقد بمعناها كما إذا دفع إليه ألفاً مقارضة أو معاملة فهي مضاربة. لأنّ المقارضة لغة مدنية والمعاملة صريح في البيع والشرى. وكذا لو قال "اعمل بها على أن ما رزقك الله فهو كذا وكذا" لو قال "خذه فاتبع متاعاً فما حصل من

---

[1] ه : هداية
[2] ف : ولو شرط
[3] ف : - ويودع
[4] ك : الكفاية للبيهقي
[5] أ، ق : + إذا
[6] ف : من
[7] ه : هداية
[8] ك : الكفاية للبيهقي

فضل فلك نصفه" أو قال "خذه بالنصف." وفي الجملة إذا ذكر ما يدلّ على البيع والشراء يكون[1] مضاربة. ولو قال "خذه فاشتريه هروياً بالنصف أو رقيقاً بالنصف" لا يكون مضاربة. لأنّه لم يذكر البيع وذكر عملاً يكون أجره عليه والمشترا للآمر وليس له بيعه. لأنّه فضولي.

قال: **فإن خص له ربّ المال التصرّف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوز ذلك.**

لأنه توكيل. وفي التخصيص فائدة فيتخصص. وليس له أن يدفعها بضاعة إلى من يخرجها من ذلك البلد. فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن والمشترا والربح له. لأنّه تصرف بغير أمره كابتداء التصرّف في مال الغير. **ك**[2] **ه**[3] فإن ردها إلى البلد الذي عينه قبل الشرى برئ من الضمان وعاد المال مضاربة كالمودع عاد إلى الوفاق. وكذا إذا ردّ بعضه عاد الأمانة والمضاربة في المردود ثمّ شرط الشراء للضمان في **جص**[4] وفي **ص**[5] ضمنه بنفس الإخراج. وهو الأصحّ. لكن بالشراء يتضرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذي عينه. **ك**[6] شرط أن يعمل في سوق الكوفة فعمل بها في غير السوق جاز استحساناً. ولو قال "لا تعمل إلا في سوقها" فعمل بها في غيره ضمن للحجر. **ه**[7] **ك**[8] ومعنى التخصيص أن يقول على أن يعمل كذا أو في مكان كذا أو قال "خذ هذا المال يعمل به في الكوفة أو فاعمل به في الكوفة" أو قال "خذه بالنصف بالكوفة." لأنّ على للشرط. والفاء للوصل. والباء للإلصاق. ولو قال "خذ هذا المال واعمل به في الكوفة" فله العمل فيها وفي غيرها. لأنّ الواو للعطف فيكون مشورة. ولو قال "على أن يشتري من فلان" وبيع منه صحّ التقييد. لأنّه مفيد لزيادة الثقة[9] في المعاملة بخلاف ما إذا قال له "على أن يشتري من أهل الكوفة أو في الصرف من الصَّيَارِفة[10] لا يتقيد لعدم الفائدة.

قال: **وكذلك** [٢٣٣/ب] **إن وقت للمضاربة مدّة بعينها جاز. وبطل العقد بمضيها.**

لأنه توكيل. فيتوقف بما وقته كالمكان والنوع.

قال: **وليس للمضارب أن يشتري أب ربّ المال ولا ابنه ولا من يعتق عليه**

---

[1] أ : كان
[2] ك : الكفاية للبيهقي
[3] ه : هداية
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[5] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[6] ك : الكفاية للبيهقي
[7] ه : هداية
[8] ك : الكفاية للبيهقي
[9] أ : + به
[10] والصيرفي المحتال في الأمور كالصيرف وصراف الدراهم. جمعه صيارفة والهاء للنسبة.

بقرابة أو غيرها.[1] لأن شرع المضاربة للربح. وإنه يمتنع بالعتق. والله أعلم.[2]

قال: **فإن اشتراهم كان مشترياً لنفسه دون المضاربة.**

لأن الشراء متى لم ينفذ على الآمر. ووجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف.

قال: **فإن كان في المال ربح فليس له أن يشتري من يعتق عليه.**

لأنه يفسد عليه نصيبه. ونصيب ربّ المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف.

قال: **فإن اشتراهم ضمن مال المضاربة.**

لأنه يصير مشترياً لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة.

قال: **وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم**

لعدم المانع.

قال: **فإن زادت قيمتهم عتق نصيبه منهم**

لملكه بعض قريبه

قال: **ولم يضمن لربّ المال شيئاً.**

لعدم الصنع منه كما إذا ورثه.

قال: **ويسعى المعتق في قيمة نصيبه منه.**

لاحتباس ماليته عنده كالوراثة.

قال: **وإن دفع المضارب المال مضاربة ولم يأذن له ربّ المال في ذلك لم يضمن بالدفع. ولا يتصرف المضارب الثاني حتّى يربح. فإذا ربح ضمن المضارب الأوّل المال لربّ المال.**

وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح. وهو ظاهر الرواية. وقال زفر وأبو يوسف في رواية يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل. لأنّه ممنوع عن الدفع على المضاربة ولهما

---

[1] ... ضمن. الجوهرة النيرة ١٣٩/٣.

[2] أ، ف، ق : - والله أعلم

أن الدفع إيداع حقيقة. وإنما يتقرر كونه للمضاربة للعمل فيضمن به. ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع. ويملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كالخلط. وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة. فإن كانت فاسدة لا يضمن الأوّل وإن عمل الثاني. لأنّه أجير فيه. وله أجر مثله فلا تثبت الشركة. هـ[1] و لم يذكر في الكتاب أنه هل يضمن الثاني؟ وينبغي أن لا يضمن عند أبي حنيفة خلافهما بناءً على اختلافهم في مودع المودع. وقيل يخيّر ربّ المال إن شاء ضمن الأوّل. وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع. وهو المشهور. لأنّ الثاني قبض لنفع نفسه بخلاف المودع ثمّ إذا ضمن الأوّل صحت المضاربة. لأنّه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على جهة المضاربة. وإن ضمن الثاني يرجع به على الأوّل. وتصح المضاربة أيضاً. لأنّ قرار الضمان على الأوّل. والربح بينهما على ما شرطا. لكنّه يطلب للثاني. لأنّه استحقه بعمله ولا خبث فيه بخلاف الأوّل. لأنّه استحقه بملك خبيث.

قال: **وإن دفع إليه مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعها مضاربة فدفعها مضاربة بالثلث. فإن كان ربّ** [٢٣٤/أ] **المال قال له "على أن ما رزق الله بيننا نصفين"[2] فلرب المال نصف الربح وللمضارب الثاني ثلث الربح وللأول سدسه.**

لأن ربّ المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف وقد شرط لغيره ثلث الكلّ فصح لوجود الإذن فلم يبق إلا السدس فيكون له[3] ويطيب لهما. لأنّ الفعل[4] الثاني وقع للأول كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره غيره عليه بنصف درهم.

قال: **فإن كان[5] قال "على أن ما رزقك الله بيننا نصفين.[6] فللمضارب الثاني ثلث الربح.[7] وما بقي بين ربّ المال والمضارب الأوّل نصفان.[8]**

لأنه فوض إليه التصرّف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأوّل وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأوّل. لأنّه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا.

قال: **فإن كان[1] قال "على أن ما رزق الله فلي نصفه" فدفع المال إلى آخر مضاربة بالنصف فللثاني نصف الربح ولرب المال النصف. ولا شيء للمضارب الأول.**

: نصفين

لأنه شرط نصيبه لغيره فصح كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره بمثله.

قال: **فإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال نصف الربح وللمضارب الثاني نصف الربح. ويضمن المضارب الأوّل للمضارب الثاني مقدار[2] سدس الربح من[3] ماله.**

لأنه صحّ التسمية كمن استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بدرهم ونصف. ولا يقدر على إبطال حقّ ربّ المال فيضمنه. لأنّه ضمن سلامة الثلثين له[4] فيجب الوفاء به. جص[5] ولو شرط لربّ المال ثلث الربح ولنفسه ثلثه ولعبد ربّ المال ثلثه على أن يعمل معه جاز. لأنّ للعبد يداً معتبرة بخلاف شرط العمل على ربّ المال. لأنّه يمنع التخلية بين المال والمضارب.

قال: **وإذا مات ربّ المال أو المضارب بطلت المضاربة.**

لأنه توكيل. وموت الموكّل يبطل الوكالة. وكذا الوكيل. ولا يورث الوكالة.

قال: **وإن ارتد ربّ المال عن الإسلام والعياذ بالله[6] ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة.**

لأن اللحوق بمنزلة الموت حتّى قسم ماله بين ورثته وتصرفاته قبل اللحوق يتوقف عند أبي حنيفة كتصرفه لنفسه. ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة بحالها. لأنّ له عبارة صحيحة.

قال: **فإن عزل ربّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتّى اشترى وباع فتصرفه جائز.**

لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه.

قال: **وإن علم بعزله[7] والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك.**

لأن حقّه قد ثبت في الربح. وإنما تظهر بالقسمة. [٢٣٤/ب] وهي تبتني على رأس المال. فلا بدّ من نقده.

قال: **ثمّ لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر.**

لاندفاع الضرورة.

---

١ أ، ف : - كان

٢ ق : - مقدار

٣ ق : في

٤ ف : - له

٥ حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٦ ف، ق : - والعياذ بالله

٧ ق : + له

قال: **فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت فليس له أن يتصرف فيها.**

لأنه ليس في انعزاله إبطال حقّه في الربح فانعزل. وهذا إذا كان من جنس رأس المال. فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على عكسه له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً. لأنّ الربح لا يظهر به فصار كالعروض.

قال: **وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون.**

لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له.

قال: **وإن لم يكن ربح لم يلزم الاقتضاء.**

لأنه وكيل محض. والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به.

قال: **ويقال له "وكِّل ربّ المال في الاقتضاء."**

لأن حقوق العقد يرجع إلى العاقد. فيوكل كيلا يضيع حقّه. وفي **جص**[1] أحِل. ومراده وكل. وعلى هذا سائر الوكالة والبيّاع والسمسار يجبران على التقاضي. لأنهما يعملان بأجر عادة.

قال: **وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال.**

لأن الربح تبع وصرف الهلاك إلى التبع أولى.

قال: **فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب.**[2]

لأنه أمين.

قال: **وإن كانا يقتسمان**[3] **الربح والمضاربة بحالها. ثمّ هلك المال أو بعضه ترادّا الربح حتّى يستوفي**[4] **ربّ المال رأس المال.**

لأنّ قسمة الربح لا تصحّ قبل استيفاء رأس المال. لأنّه أصل والربح تبع له.

قال: **فإن فضل شيء كان بينهما.**

لأنه ربح.

---

[1] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] ف، ق : + فيه
[3] ف : قد اقتسما
[4] أ، ف : ليستوفي

قال: **وإن عجز عن رأس المال لم يضمن المضارب.**

وإن نقض فلا ضمان عليه. لأنّه أمين.

قال: **وإن كانا اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثمّ عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الأول.**

لأنه عقد جديد. فهلاك المال في الثاني لا يوجب نقض الأوّل كما لو دفع إليه مالاً آخر.

قال: **ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة.**

لأنه من صنيع التجار. وينتظم إطلاق العقد إلا[1] إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إلى مثله. ولهذا كان له أن يشتري دابّة للركوب. ولا يشتري بنفسه[2] للركوب. وله أن يشتريها[3] اعتباراً بعادتهم. ولو باع ثمّ أجّل الثمن جاز بالإجماع. ه[4] ولو احتال بالأيسر أو الأعسر جاز بخلاف الوصي. فإن احتياله مقيّد بالأنظر له. والأصل فيه أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع. نوع يملكه بمطلق المضاربة. وهو ما يكون من بابها وتوابعها كالبيع والشراء والتأجيل والأرتمان والأجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة. ونوع يملكه إذا قيل له "اعمل برأيك." وهو ما يحتمل أن يلتحق به فيلتحق عند الدلالة كدفع المال مضاربة أو شركة وخلط مال المضاربة بماله ومال غيره. ونوع لا يملكه إلا أن ينص عليه ربّ المال. وهو الاستدانة. وهو أن يشتري بالنقدين بعدما اشترى برأس المال السلعة ونحوها. ولو أذن له بالاستدانة [٢٣٥/أ] صار المشترَى بينهما نصفان[5] بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج.[6] لأنّه نوع استدانة. وكذلك[7] إعطاؤها. لأنّه إقراض. والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنّه ليس بتجارة. والإقراض والهبة والصدقة لأنّه تبرع محض. ولو دفع إلى ربّ المال بضاعة فربح فيها فهو على المضاربة. وعند زفر يفسد المضاربة. لأنّه استرداد. ولنا أنه بمنزلة التخلية وهو إعانة منه بخلاف ما إذا دفعه إليه مضاربة. وإذا عمل المضارب في المصر لا تجب نفقته في

وجيه. فتح القدير ٢٥٠/٧.

٧ أ، ف، ق : وكذا

المال. وإن سافر فطعامه وشرابه وركوبه ومعناه[1] شراء أو كراء في المال. لأنّه في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وفي السفر محبوس بالمضاربة فيستحقّ النفقة بخلاف الأجير والمضاربة الفاسدة. لأنّه يستحقّ البدل جزماً. وإن خرج دون السفر فإن كان يغدو ثمّ يروح فيبيت بأهله فهو كالسوقي في المصر. وإلا فنفقته في المضاربة. وكذا غسل ثيابه وأجرة خادمه وعلف دابّته يركبها والدهن في موضع تحتاج إليه كالحجاز. كلّ ذلك بالمعروف. ويضمن الفضل والدواء في ماله في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة. وإذا ربح ربّ المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان دون النفقة عليه. ولو قصرها أوحملها بمائة من عنده. وقيل له "اعمل برأيك" فهو متطوع. لأنّه استدانة. وإن صبغها حمراء فهو شريك بما زاد الصنع. لأنّه غير مال قائم فلو بيع فله حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة. ولو كان معه ألف[2] بالنصف فاشترى بها بُراً وباعه بألفين واشترى بالألفين عبداً وضاعا قبل النقد فالثمن كله على المضارب. ويرجع بألف وخمسمائة على ربّ المال وربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة. ولو كان معه ألف فاشترى بها عبداً وهلكت قبل النقد فعلى ربّ المال ألف أخرى. وإن تكرر الهلاك ورأس المال جميع ما نقد بخلاف الوكيل بالشراء إذا هلك الألف في يده لا يرجع إلا مرة لانتهاء الوكالة دون المضاربة.

قال: **ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة.**

وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة. لأنّه من الأكساب. ولهما أنه ليس من التجارة والمضاربة لا يتضمّن إلا التوكيل بالتجارة. والله أعلم.[3]

---

[1] أ : ومعنا

[2] أ : بألف

[3] ق : - والله أعلم





١٥ كتاب الوكالة

الوكالة في اللغة هي الحفظ. قال الله تعالى ﴿ حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾[١] أي الحافظ.[٢] ولهذا لو قال "وكّلتك في كذا" يكون[٣] وكيلاً في حفظه.[٤] وقد يراد به التفويض يقال "توكلت على الله" أي فوضت أمري إليه. وفي الشرع[٥] تفويض [٢٣٥/ب] التصرّف والحفظ إلى الغير. والأصل في جوازها قوله تعالى ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾[٦] وقوله تعالى ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها

ﷺ[1] والنبي ﷺ وكل عروة البارقي بشراء الأضحية.[2] وكذا حكيم بن حذام ﷺ ووكل عمر بن أم سلمة ﷺ بالترويج.[3]

قال: **كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره.**[4]

لأنه قد يعجز عن مباشرته بنفسه على الاعتبار بعض الأحوال فيملك إقامة غيره مقامه دفعاً للحاجة. قلت[5] ولم يتعرض لعكسه. وهو ما إذا لم يعقد بنفسه هل يجوز أن يوكل به فعندهما لا يجوز أصلا. وقد يجوز عند أبي حنيفة كما لو وكل مسلما ذميا ببيع الخمر أو الخنزير أو اشتراهما يجوز عند أبي حنيفة. ويتصدق بثمنهما في البيع وتحلل الخمر ويسيّب الخنزير في الشراء. وعندهما لم يصحّ. وكذا إذا كان المسلم عند نصراني مأذون أو مكاتب اشترى خمراً أو خنزيراً ثبت الملك للمولى عنده خلافهما. وكذا محرم وكل حلالا ببيع صيد أو بيضه أو شرائهما.[6]

الكتاب. المبسوط

حنيفة. الهداية

الموكل. بدائع الصنائع ٥/٢٠٠.



١٥. ١ باب التوكيل بالخصومة

قال: **ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق وبإيفائها.**[١]

لما ذكرنا من الحاجة إليه. لأنّ كلّ أحد لا يهتدي إلى وجوه الخصومات. وقد صحّ أن علياً رضي الله عنه وكّل عقيلاً[٢] رضي الله عنه وبعدما أسنّ عبد الله بن جعفر[٣] رضي الله عنه.[٤]

قال: **ويجوز[٥] بالاستيفاء إلا في الحدود والقصاص. فإن الوكالة لا تصحّ باستيفائها مع غيبة الموكّل عن المجلس.**

لأن الحدود تندرئ بالشبهات. وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر. لأنّه مندوب شرعاً بخلاف حضرته لانتفاء هذه الشبهة. وقد لا يحسن الاستيفاء فلو منع من التوكيل ينسد باب الاستيفاء أصلاً. وأما التوكيل بإثبات الحدود والقصاص فيجوز عند أبي حنيفة. وكذا توكيل من عليه بالجواب. وعند أبي يوسف لا يجوز فيهما. وقول محمد مضطرب. وقيل الخلاف في غيبته دون حضرته.

الطائف وثبت يوم حنين. الزركلي الأعلام ٤/٢٤٢.

٣ جعفر الطيار ٨ ه جعفر بن أبي طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم صحابي هاشمي من شجعانهم يقال

الزركلي الأعلام

وبالإجماع. شرح الوقاية ٥/٨٩.

٥ ف، ق : + التوكيل

قلت[1] وألفاظ نسخ مختصر القدوري مختلفة في هذه المسألة. ففي بعضها ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق وإثباتها ويجوز بالاستيفاء. وفيها نوع خلل. لأنّ التوكيل بالخصومة في الحقوق يتناول الإثبات فيكون قوله وإثباتها معاداً. وفي بعضها يجوز التوكيل بالخصومة وفي سائر الحقوق بأعيانها وبإثباتها. هذا مشكل أيضاً عن مفهوم المعنى. وقيل يحمل الأعيان على ما وراء الديون كالعقار والعروض والنقود المعينة والإثبات على الديون. وفي بعضها ما حُررت في المتن. وهو الأصحّ. وهو المذكور في الهداية وشرح السرخسي والنسخ المتقنة. لأنّ قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق أراد به الإثبات والجواب ثمّ الإيفاء والاستيفاء أمراً آخر وراءهما فبيّن بهذه الألفاظ جواز التوكيل بهذه الأمور [٢٣٦/أ] الثلاثة. والله أعلم.[2]

قال: **وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكّل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيّام فصاعداً. وقالا[3] يجوز التوكيل بغير رضا الخصم.**

وهو قول الشافعي. ولا خلاف في الجواز. إنّما الخلاف في اللزوم لهم أن هذا توكيل في خالص حقّه. فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل يتقاضى الديون. وكان عليّ ﷺ يوكل أخاه عقيلاً ﷺ. ولا يحضر الخصومات. ويقول إن الشيطان يحضرها. ولأبي حنيفة أن الجواب مستحقّ على الخصم. فلا يملك نقل حقّه من نفسه كالمديون لا يملك نقل الدين عن ذمّته بالحوالة إلى غيره إلا برضا صاحب الدين بخلاف المريض والمسافر. فأنّه[4] لا[5] يلزمهما الحضور. ه[6] وكما يلزم توكيل المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة. ولو كانت المرأة مخدرة[7] لم تجر عادتها[8] بالبروز.[9] قال الرازي يلزم التوكيل.[10] لأنّه لا يمكنها النطق في مجلس القضاء لحيائها. وهذا شيء استحسنه المتأخّرون.

---

١ ف : قال

٢ ف، ق : - والله أعلم

٣ ف، ق : وقال أبو يوسف ومحمد

الحكم. اللباب

بالبروز. فتح القدير ٥٠٩/٧.

قال: **ومن شرط الوكالة أن يكون الموكّل ممن يملك التصرّف ويلزمه الأحكام.**

لأن الوكيل يملك التصرّف من جهة الموكّل. فلا بدّ من أن يكون الموكّل مالكاً ليملكه من غيره.

قال: **والوكيل ممن يعقل العقد ويقصده.**

لأنه يقوم مقام الموكّل في العبارة. فلا بدّ من أهليته للعبارة حتّى لو كان صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً. قلت وقد مر فائدة القصد في كتاب الحجر.

قال: **وإن وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز.**

لأن الموكّل مالك للتصرف والوكيل أهل له.

قال: **فإن وكل صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء وعبداً محجوراً جاز. ولا يتعلّق بهما الحقوق وتتعلّق بموكلهما.**

لأن الصبي من أهل العبارة. ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه.[1] والعبد ممن يملك التصرّف على نفسه. وإنما لا يملكه فيحق مولاه. والتوكيل ليس تصرفاً في حقّه. لكنّه لا تصحّ منهما إلزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكّل. وعن أبي يوسف المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثمّ علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لتغير محلّ الحقوق عنده كظهور العيب.

قال: **والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين. كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه مثل البيع والإجارة. فحقوق ذلك العقد تتعلّق بالوكيل دون الموكّل. فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى. ويقبض المبيع ويخاصم في العيب.**

وقال الشافعي يتعلّق بالموكّل. لأنّ الحقوق تابعة لحكم التصرّف. وهو الملك. والملك يتعلّق بالموكّل. فكذا توابعه كالرسول والوكيل في النكاح. ولنا أن الموكّل هو العاقد حقيقة لقيام العقد [٢٣٦/ب] بالكلام وصحة عبارته وكذا حُكماً. لأنّه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكّل. ولو كان سفيراً لما استغنى عنه كالرسول والنكاح. وإذا كان هو العاقد حقيقة وحكماً كان أصلاً في الحقوق فيتعلّق به. فلهذا يسلم المبيع ويقبض الثمن وغيرهما.

قال: **وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخُلع والصلح عن دم العمد. فإن حقوقه تتعلّق بالموكّل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها.**

---

[1] ... سيده. الجوهرة النيرة ١٥٩/٣.

لأن الوكيل فيها سفير محض. ولهذا لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكّل. ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول. وهذا لأنّ الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب. لأنّه إسقاط فيتلاشى فلا يتصوّر صدوره من شخص. وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً. **ك**[1] وكل عقد يثبت به ما يمكن نقله إلى الغير من مستحقّه كالبيع والإجارة والصلح الذي بمنزلة البيع فحقوقه تثبت للوكيل. وما لا يمكن نقله كالنكاح والطلاق والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال والكتابة والصلح عن إنكار فللموكل. **ه**[2] والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً. وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتّى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه. **قد**[3] وكّله بأن يرهن عبد فلان بدينه أو يستعير له أو يستقرض له ألفاً فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه فيقول أن زيداً لسيتقرض منك ألفاً أو يسترهنك عبدك أو يستعير منك. ولو قال هب لي أو أعرني أو أقرضني أو تصدق عليّ فهو للوكيل. **ط**[4] والوكيل بالطلاق والعتاق إذا أضافه إلى نفسه فقال "طلقت أو أعتقت" صحّ. وفي الحاوي قال أبو القاسم وكله بشراء العبد من فلان فقال البائع "بعته من فلان بن فلان" أي الآمر فقال الوكيل "قبلت" لزم الوكيل. لأنّ الموكّل إنّما أمره ليكون العهدة على الوكيل. فإذا قبل على الموكّل صار مخالفاً. قال أستاذنا نجم الملة والدين الحفصي وكذا إذا أضاف الشراء إلى الموكّل وجب أن ينفذ عليه أيضاً.

قلت وفيه نظر. لأنّ البائع إن أضافه إليه فهو عين المسألة الأولى. وإن أضافه إلى الوكيل فقد نصّ أنه يقع الشراء للموكل وينفذ عليه. **شص**[5] الوكيل في النكاح يحتاج إلى ذكر الموكّل. وكذا المرأة تحتاج إليه فيقول الوكيل "زوجي نفسك من فلان بن فلان" وتقول "هي زوجت نفسي من فلان" أو يقوله الولي. ولو قال أب الصغيرة "زوجت ابنتي من ابنك" فقال أب الصغير "قبلت" جاز للابن وإن لم يقل قبلت للابن. لأنّ الجواب يتضمّن إعادة ما سبق. **قخ**[6] الوكيل بالطلاق قال لها "أنت مني [٢٣٧/أ] طالق" ينبغي أن يقع بما لا يقع. **شب**[7] وكله بتطليق امرأته على شيء فطلقها على ما ليس بمال يجوز. وفي الإعتاق

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] ه : هداية
[3] قد : شرح قدوري كبير
[4] ط : المحيط
[5] شص : شرح الصباغي
[6] قخ : قاضي خان
[7] شب : شرح بكر خواهر زاده

لا يجوز. لأنّه إزالة مال. ك[1] قال الكرخي الملك بالشراء يثبت للوكيل ثمّ ينتقل إلى الموكّل. ولهذا لو حالف يلزمه المشترا. وقال أبو طاهر الدباس[2] بل يثبت للموكل ابتداءً. ولهذا لو اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه.

قلت قوله كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه إرادته أنه يصحّ إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكّل لا أنه شرط. ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى موكله صحّ بالإجماع. وقوله وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح فمراده أنه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله حتّى لو أضافه إلى نفسه لا يصحّ. فلفظة الإضافة واحدة. ومراده مختلف.

قال: **وإذا طالب الموكّل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه.**

لما مرّ أن حقوقه ترجع إلى الوكيل دون الموكّل.

قال: **وإن دفع إليه جاز ولم يكن[3] للوكيل أن يطالب به ثانياً.**

لأنه قد وصل إليه حقّه. ولا فائدة في الأخذ منه ثمّ الدفع إليه. ه[4] ولهذا لو كان للمشتري على الموكّل دين تقع المقاصّة. ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكّل أيضاً دون الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده. وإذا كان تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما. لكنّه يضمنه للموكل في الفصلين.

١٥. ١.١ فصل الوكالة في البيع والشراء

قال: **ومن وكل رجلاً بشراء شيء فلا بدّ من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه.**

ليصير الموكّل به معلوماً.

قال: **إلا أن يوكله وكالة عامّة فيقول "ابتع لي ما رأيت."**

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] القرشي الجواهر المضيئة ١١٦/٢.

[3] أ : وإن لم يكن

[4] ه : هداية

لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتري به يكون ممتثلاً. ك[1] ه[2] الأصل أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً دفعاً للحرج. ثمّ إن كان اللفظ يجمع أجناساً أو ما هو في معنى الأجناس لا يصحّ التوكيل وإن بين الثمن. لأنّ بذلك الثمن توجد من كلّ جنس. فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة. وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصحّ ببيان الثمن أو النوع. لأنّ بذكر الثمن يعلم النوع وبالنوع تقلّ الجهالة فلا يمنع الامتثال. مثاله إذا وكله بشراء عبد وجارية لا يصحّ. لأنّه يشمل أنواعاً. فإن بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز. وكذا إذا بين الثمن لما مرّ. وإن بين أحدهما و لم يبيّن الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز. لأنّه جهالة مستدركة بحال الآمر.

قلت[3] ومراد المصنف بالصفة النوع. كذا في ه[4] جص[5] ولو قال "اشترِ لي ثوباً أو دابّة أو داراً" فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة. فإن الدابّة عرفاً تنطلق على الخيل والحمار والبغل والثوب تتناول أنواعاً [٢٣٧/ب] من الأطلس إلى الكساء. وكذا الدار لاختلافها باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان. وإن سمّى نوع الثوب والدابة والدار جاز. ولو دفع إليه دراهم وقال "اشتر لي بها طعاماً" فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً بالعرف بخلاف اليمين حيث تقع على كلّ مطعون. وهو القياس. وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة. وإن قلت فعلى الخبز وإن كان فيما بين ذلك فعلى الرقيق. ط[6] وفي صيرورته وكيلاً قبل العلم بتوكيله روايتان. ك[7] ولو وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها فاشترى عمياء أو مقطوعة الرجلين أو مقعدة يلزم الموكّل عند أبي حنيفة لإطلاق اللفظ خلافهما للعادة. ولو قال رقبة يلزم الوكيل إجماعاً. وفي الحاوي أبو بكر قال له "وكلتك في جميع أموري" فقال الوكيل "طلقت امرأتك أو وقفت أرضك" فعن أبي بكر[8] القلاس وغيره أنه يجوز. وقال أبو نصر لا يجوز. وبه نأخذ. جت[9] "أنت وكيلي في شيء معي" فبالحفظ فأما "جائزاً أمرك" فبالبيع والشراء والهبة. صغر[10] وكله بالخصومة في كلّ حقّ له في مصر كذا أو بقبض غلاته فيه يصير وكيلاً فيما كان واجباً فيه وفيما حدث بعده. ولو قال[11] "في كلّ حقّ قبل فلان" لا يدخل الحادث. ولو قال "بكل حقّ له أو في كلّ حقّ له" جاز وإن لم يعيّن المصر

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] ه : هداية
[3] ه : هداية
[4] ف : قال مولانا
[5] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[6] ط : المحيط
[7] ك : الكفاية للبيهقي
[8] أ، ف : - أبي بكر
[9] جت : جمع التفاريق للبقالي
[10] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[11] ف : - قال

ولا الرجل. وفيه تعليق الوكالة بالشرط يجوز مطلقاً. والكفالة بالشرط المتعارف كقوله "إن غاب الغريم." ولو قال "بع عبدي غداً أو طلق أو أعتقه أو زوجني" ففعل اليوم لم يجز. ولو قال "اليوم" ففعل غداً ففيه روايتان. والأظهر أنه لا يبقى وكله بشراء أثواب وبين الثمن لم يجز ولو دفعه بضاعة. وقال "اشتريها ثوباً" جاز. ز[1] وفي البضاعة لو قال "اشتر بها شيئاً" جاز.

قال: **وإذا اشترى الوكيل وقبض ثمّ اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده.**

لأنه من حقوق العقد.

قال: **فإن سلّمه إلى الموكّل لم يرده إلا بإذنه.**

لانتهاء حكم الوكالة. ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يمكن منه إلا بإذنه. **شط**[2] أخذ الوكيل بالبيع بالثمن رهناً أو كفيلاً جاز. ولو حجره الموكّل عن أخذ الرهن والكفيل وعن تسليم المبيع وقبض الثمن[3] لا يصحّ. ولو هلك الرهن في يده حتّى سقط الثمن يظهر السقوط في حقّ الموكّل. ولو احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف. لأنّه يتضمّن إبراء المحيل. ولو ردّ الرهن جاز وضمن للموكل الأقلّ من قيمته ومن الثمن. وعند أبي يوسف لا يصحّ رده. وكذا حطّ الثمن عن المشتري أو تأخيره أو أخذ العوض به أو شراؤه به شيئاً أو مصارفه به أو صلحه على شيء أو أبرأه أو التجوز بدون الثمن جائز. ويضمن الثمن للموكل. وعند أبي يوسف لا يجوز. والثمن على المشتري بحاله.

قال: **ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم.**

لأنه يملكه بنفسه فيملك التوكيل به. ه[4] [٢٣٨/أ] ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم. لأنّ ذلك لا يجوز. فإن التوكيل ببيع طعاماً في ذمّته على أن يكون الثمن لغيره. وإنه لا يجوز.

قال: **فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد.**

لوجود الافتراق قبل القبض.

قال: **ولا يعتبر مفارقة الموكّل عن المجلس.**

---

[1] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] ق : + له

[4] ف : قال مولانا

لأنه ليس بعاقد. والمستحقّ بالعقد قبض العاقد. وإن كان[1] لا يتعلّق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور بخلاف الرسول. لأنّ الرسالة في العقد لا في القبض. وينتقل كلامه إلى المرسل. فلم يصحّ قبض الرسول. لأنّه ليس بعاقد.

قال: **وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكّل.**

لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية حتّى لو اختلفا في الثمن يتحالفان. ويرد الموكّل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتر للموكل من جهة الوكيل فيرجع بثمنه عليه. ولأن شراء الوكيل يوجب دينين ديناً للبائع عليه وديناً له على الموكّل. ولهذا يملك مطالبة الموكّل بالثمن قبل أدائه.

قال: **فإن هلك المبيع[2] في يده قبل حبسه هلك من مال الموكّل ولم يسقط الثمن.**

لأنه أمانة.

قال: **وله أن يحبسه حتّى يستوفي الثمن.**

خلافاً لزفر لما مرّ أنه بمنزلة البائع من الموكّل.

قال: **فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد.**

وهو قول أبي حنيفة. وضمان الغصب عند زفر. لأنّه منع بغير حقّ. ولهما أنه كالبائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن. ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس لاستيفاء الثمن[3] بعد أن لم يكن. وهذا معنى الرهن. وفائدته تظهر فيما إذا حبس متاعاً قيمته عشرة قد اشتراه[4] بإذنه بأحد عشر فهلك هلك بعشرة عند زفر. وكذا عند أبي يوسف. ويرجع عليه بدرهم. وعندهما هلك بأحد عشر.

قال: وإذا وكل رجلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر إلا أن يوكلهما بالخصومة أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو بردّ وديعة عنده أو بقضاء دين عليه.

لأن الموكّل أنّما رضي برأيهما لا برأي أحدهما في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخُلع ونحوهما والبدل وإن كان مقدّراً فيه. ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة أو النقصان. واختيار العاقد بخلاف الخصومة. لأنّ الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشعب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه

---

[1] ق : + له

[2] ف، ق : – المبيع

[3] أ، ف، ق : – الثمن

[4] ق : + إلا

سابقاً لتقويم الخصومة وبخلاف سائر المستثنيات. لأنّه لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو بغير محض. وعبارة الواحد والمثنى سواء. وهذا بخلاف ما إذا قال لهما "طلقاها إن شئتما" أو قال أمرها "في أيديكما." لأنه [٢٣٨/ب] تفويض إلى رأيهما وتعليق الطلاق بفعلهما. شط[1] وكذا "وكيلي الطلاق والصاق بمال والكتابة والرهن ووكيلي الأخذ بالسلعة ووكيلي الطالب بقبض الدين ووكيلي المديون بتسليم الدين ووكيلي الواهب بتسليم الهبة ووكيلي الموهوب له بالقبض." وكذا لو جعل تدبير عبده إلى رجلين أو قال "إن شئتما فطلقا أو أحببتما أو رأيتما أو أردتما" لم يتفرد أحدهما بخلاف رسولين.

قال: **وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به.**

لأنه أنّما رضي برأيه. والناس متفاوتون في الآراء.

قال: **إلا أن يأذن له الموكّل أو يقول له "اعمل برأيك."**

لوجود الرضا وإطلاق التفويض إليه. وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكّل حتّى لا يملك الأوّل عزله. ولا ينعزل بموته. وينعزلان بموت الأول. قلت[2] ولا بدّ من معرفة الإذن. وهو أن يعين الثاني أو يعمّم. فإنه قال في شرح ط[3] قال الموكّل للوكيل وكل أحد لا يصحّ. ولو قال[4] وكل من شئت يصحّ. وفي الوكالة منه لا يصحّ أيضاً. صغر[5] وعن محمد لو قال "أنت وكيلي في اقتضاء ديوني فوكل من شئت أو فوكل فلاناً إن شئت" فله أن يخرج وكيله. ولو لم يقل "إن شئت" فليس له أن يخرجه. لأنّه بمنزلة الرسول.

قال: **فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز.**

لأن الغرض حضور رأيه. وقد حضر وأخلف في حقوقه.

قال: **وإن عقد بغير حضرته فأجازه[6] الأوّل جاز.**

وكذا لو باعه غير الوكيل فبلغه فأجازه. لأنّه حضر رأيه. هـ[7] ولو قدر الأوّل الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز. لأنّ الحاجة إلى الرأي لتقدير الثمن ظاهراً. وقد حصل بخلاف ما إذا وكل وكيلين[8] وقدر

---

[1] شط : شرح الطحاوي
[2] ف : قال
[3] ط : المحيط
[4] أ : - قال
[5] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[6] ف، ق : + الوكيل
[7] ه : هداية
[8] ق : رجلين

الثمن. لأنّه لما فوضه إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري. **شط**[1] الوكيل بالبيع والشراء والكتابة والنكاح والخُلع لا يوكل غيره. فإن وكل وفعل الثاني بحضرته أو بغيبته لكنّه أجازه الأوّل جاز لحضور رأيه. وكذا لو فعله فضولي فأجاز. وإلا فلا. وعن أبي يوسف يجوز بغيبته إذا كان الموكّل عين الثمن الذي باع به الثاني. وقيل يعتبر حضور الأوّل مع بيان الثمن والوكيل بشراء عبد بعينه بثمن مسمّى وكل غيره فاشتراه الثاني بغيبة الأوّل لزم الأول[2] وإن اشتراه بحضرته لزم الموكل إلا أن يشتريه بأكثر من المسمّى أو بجنس آخر. والوكيل بالطلاق والعتاق لو وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأوّل لم يقع. لأنّ المطلوب من الأوّل عبارته و لم توجد. وكذا لو فعله بغيبته أو فضولي فأجاز وقبل وكل وكيلاً فقاله "ما صنعت من بيع أو شراء أو عتق أو طلاق" فهو جائز. [٢٣٩/أ] فوكل غيره بأن يعتق عبده موكله أو يطلق امرأته ففعل لا ينفذ. لأنّ هذا مما يحلف به بخلاف البيع والشراء. فإنه لا يحلف بهما فجاز أن يقوم غيره مقامه.[3] ولو أذن لعبده في النكاح فوكل جاز.

قال: **وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة.**

لأنها حقّه. فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حقّ الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب[4] من جهة الطالب لما فيه من إبطال حقّ الغير. وصار كالوكالة التي تضمنها حقّ الغير[5] عقد الرهن. **شط**[6] وفي التوكيل بطلب[7] الخصم لا يملك عزله إلا بحضرة الخصم لتعلق حقّ الغير بها. وقيل إلا برضا الخصم. وقيل يصحّ عزله بحضرة الخصم عند محمد خلاف أبي يوسف. وقيل إذا كانت الوكالة بطلب[8] القاضي يصحّ عزله بحضرة القاضي أو الخصم. وأما عزل الوكيل بالطلاق بطلب المرأة بغيبتها.[9] فعن نصير يصحّ. وعن ابن سلمة لا. وهذا بناء على أنه إذا لم يعزله هل يجبر الوكيل على طلاقها؟ **شس**[10] الأصحّ عندي أنه يصحّ العزل. وعلى الخلاف إذا أراد سفراً فخاصمته فوكل بطلاقها إن لم يرجع إلى وقت. كذا فخرج ثمّ كتب بالعزل. **عت**[11] وفي التوكيل بالخصومة بطلب الخصم. وفي تسليط المرتهن على بيع الرهن لا يملك عزله. لأنّ جواب الخصم

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] أ : - لزم الأول

[3] أ، ق : + قلت فصار كأنه علق طلاق امرأته وعتق عبده بتطليق هذا الوكيل وإعتاقه. فإذا فعله غيره لم يوجد شرط الطلاق والعتق فلا يقع بخلاف ما لا يحلف به. لأنّه لم يكن تعليقاً بفعله فكان توكيلاً محضاً.

[4] ف، ق : بطلت

[5] أ، ف، ق : - حقّ الغير

[6] شط : شرح الطحاوي

[7] ف : بطلت

[8] ف : بطلت

[9] إذا عزل الوكيل بالطلاق لا يثبت العزل من غير علم كما في سائر الوكالات. فتاوى قاضيخان ٢٦/٣.

[10] شس : شرح السرخسي

[11] عت : عمر الترجماني

وقضاء الدين مستحقّ عليه. ويجبران على ما وكلا به. أما الطلاق فلا. والعزل عن الوكالة المعلقة لا يصحّ عند أبي يوسف. وبه الماتريدي وابن سلمة. ويصحّ عند محمد. وبه نصير والسرخسي وأبو شجاع. لأنّه في الحقيقة امتناع من التوكيل. وله ذلك جش[1] جت[2] لو قال "كلما عزلتك فأنت وكيلي" قال عامّة المشايخ لا تتجدد الوكالة. وقال أبو زيد الشروطي[3] تتجدد. جت[4] ولو قال" كلما عزلتك فأنت وكيلي" ثمّ قال "عزلتك عن الوكالة المطلقة والمعلقة" ففيه كلام. ولو قال "وكلتك وكالة لا رجوع فيها" فله أن يرجع. وقيل في الطلاق والعتاق خلافه. ويجوز التوكيل بالإقرار. وروى الطحاوي خلافه. صغر[5] وأجمعوا على أن الرجوع عن الوكالة المعلقة لا[6] يصحّ. ويفتى بصحة العزل. قال أستاذنا علامة البشر نجم الملة والدين الحفصي ينبغي أن يقول أولاً "رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالات النافذة." قخ[7] ينبغي أن يقول "رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة وأنت وكيلي" فيجوز رجوعه. لأنّ ما قاله [٢٣٩/ب] ليس بأمر واجب. وسقط كلام العموم ثمّ يقول له "أخرجتك عن الوكالة" فيخرج أصلاً. شط[8] له عزله عن هذه الوكالة إلا في الطلاق والعتاق. أصغر[9] به بعض أئمة بلخ. لأنهما تعلقان بالإخطار فشابه اليمين. فلا يملك الرجوع عنه.

قال: **فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتّى يعلم.**

كأوامر الشرع. ولأن في العزل إضراراً به لإبطال ولايته. فلا ينفذ إلا[10] بعلمه. وقد مر اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا يعاد. صغر[11] أرسل رسولاً فنهاه قبل تبليغ الرسالة صحّ من غير علم الرسول بخلاف الوكيل.[12]

قال: **وتبطل الوكالة بموت الموكّل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتداً.**

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[2] جت : جمع التفاريق للبقالي

[3] [illegible] شرحه. القرشي الجواهر المضيه ١/٦٨.

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[6] أ : - لا

[7] قخ : قاضي خان

[8] شط : شرح الطحاوي

[9] أصغر : الجامع الصغير

[10] ف : - إلا

[11] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[12] ف : - بخلاف الوكيل

لبطلان الأمر بعدم الولاية بهذه العوارض. قلت وإنما قال مطبقاً. لأنّ قليله كالإغماء. وحد المطبق شهراً اعتباراً بما يسقط به الصوم. وعنه أكثر من يوم وليلة كالصلوات. وقال محمد حول كامل. لأنّه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطاً. ه[1] وما ذكر في اللحاق قول أبي حنيفة. لأنّ تصرفات المرتد موقوفة عنده. فكذا وكالته. فإن أسلم نفذ. وإن قتل أو لحق بطلت وكالته. فأما عندهما تصرفاته نافذة. فلا تبطل وكالته إلا بالموت أو القتل أو الحكم باللحاق. وإن كان الموكّل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتّى تموت أو تلحق. لأنّ ردتها لا تؤثر في عقودها.

قال: **وإذا وكل المكاتب ثمّ عجز أو المأذون فحجر عليه أو الشريكان فافترقا. فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أو لم يعلم.**

لما مرّ أن بقاء الوكالة يعتمد بقاء الآمر. وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق وسواء علم أو لم يعلم. لأنّه عزل حكمي. فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكّل.

قال: **فإن مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت وكالته.**

لأنه لم يبق محلاً للآمر.

قال: **وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرّف إلا أن يعود مسلماً.**

عند محمد. وعند أبي يوسف لا تعود الوكالة لبطلان ولايته. كملكه في أم الولد والمدبر. ولمحمد أنه زال العارض فيعود الإطلاق. شت[2] أعطاه دنانير وأمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بغيرها. ثم نقدها فالطعام للوكيل. لأن النقود تتعين في الوكالات. قيل المشتري[3] ولهذا لو هلكت تبطل وكالته. وإن اشترى ينوي بتلك ثم نقدها جاز.[4]

قال: **ومن وكل وكيلاً بشيء ثمّ تصرف فيما وكل به بطلت الوكالة.**

لأنه لما تصرف بنفسه تعذر التصرّف على الوكيل وانقضت الحاجة فبطلت نحو أن يوكله بإعتاق عبده أو كتابته أو تزويج امرأة أو شراء شيء ففعله بنفسه أو بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه بخلاف ما لو تزوّجها الوكيل وأبانها له أن يزوجها [٢٤٠/أ] للموكل لبقاء الحاجة. ولو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ثمّ ردّ عليه بعيب بقضاء فليس للوكيل أن يبيعه عند

---

[1] ه : هداية

[2] شت : شرح الزيادات

[3] ف، ق : الشراء

[4] أ : – أعطاه دنانير وأمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بغيرها. ثم نقدها فالطعام للوكيل. لأن النقود تتعين في الوكالات. قيل المشتري ولهذا لو هلكت تبطل وكالته. وإن اشترى ينوي بتلك ثم نقدها جاز.

أبي يوسف. وقال محمد له بيعه لبقاء وكالته بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثمّ رجع ليس للوكيل أن يهب. لأنّ رجوعه دليل عدم الحاجة.

قال: **والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد عند أبي حنيفة مع أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه. وقالا[1] يجوز بيعه بمثل القيمة إلا في عبده ومكاتبه.**

لإطلاق اللفظ وانتفاء التهمة. لأنّه بمثل القيمة. والأملاك مباينة. والمنافع منقطعة بخلاف العبد. لأنّه بيع من نفسه والمكاتب. لأنّ له حقّاً في كسب المكاتب. وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناه عن الوكالات. وإنه موضع التهمة لعدم قبول الشهادة واتصال المنافع والصرف والإجارة على هذا الخلاف.

قال: **والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير عند أبي حنيفة. وقالا[2] لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله.**

لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف. لأنّ التوكيل لدفع الحاجات بمواقعها والمتعارف البيع بمثل الثمن والنقود. ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والأضحية بزمان الحاجة. وله أن التوكيل بالبيع مطلق. فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بغبن فاحش متعارف أيضاً عند شدة الحاجة إلى الثمن. والتبرّم[3] من الغبن والمسائل ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة.[4] فالحاصل أن عنده يجوز بما عزّ وهانَ[5] وبأي بدل كان حالاً أو مؤجلاً. وعندهما لا يجوز إلا بالنقود والنقد أو بأجل يسير. **شب**[6] الوكيل ببيع العبد باعه نسيئة جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف إن كان للتجارة جاز. وإن كان لحاجة لم يجز. وبه نأخذ. **شظ**[7] والتوكيل بإجارة الأرض على هذا الخلاف والتوكيل بالاستئجار بما استأجرها من كيلي أو وزني بغير عينه جاز. وبالحيوان أو بالكيلي أو الوزني بعينه لم يجز كما في الشراء. وقالا لا يجوز إلا بالأثمان أو بما

---

١ ف، ق : وقال أبو يوسف ومحمد

٢ ف، ق : وقال أبو يوسف ومحمد

الجوهري الصحاح

ا. البحر الرائق

.١٦٧/٧

٥ شب : شرح بكر خواهر زاده

إجماعا. البحر الرائق ١٦٧/٧.

٧ شظ : شرح ظهير الدين التمرتاشي

يخرج منها بالمزارعة. لأنّه معتاد وفي الدور وغيرها لا يجوز إلا بالأثمان. **شس**[1] وكله ببيع عبده فباعه مع آخر جاز بحصته. وقالا إن كان حصته مثل قيمته أو بنقصان يسير جاز. وإلا فلا.

قال: **والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلهاه. ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله.**

لتمكن التهمة فيه لاحتمال أنه اشتراه لنفسه فلم يوافقه فألحقه بغيره. **ه**[2] قالوا [٢٤٠/ب] لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه ينفذ على الآمر. لأنّه لا يملك شراءه لنفسه. وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانتفاء التهمة لإضافة العقد فيه إلى الموكّل.

قال: **والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.**

وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده وازده لكثرة التصرّف في العروض وقلته في العقار وتوسطه في الحيوان.[3] **شط**[4] وقيل هذا التحديد فيما لم يكن له قيمته معلومة في البلد كالعبيد والدور ونحوها. فأما إذا علم كاللحم والخبز والمثلي وغيرها فزاد الوكيل قل أو كثر لا ينفذ على الموكّل والوكيل بالتصرف لو اشترى بما لا يتغابن لا ينفذ على الآمر.

قال: **وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المتاع فضمانه باطل.**

لأنه أمين فكان بمنزلة المودع إذا ضمن الوديعة. **جش**[5] وهب البائع الثمن للوكيل رجع به على الموكّل. ولو وهب بعضه لا يرجع. وهو قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وبه الحسن. **ر**[6] **م**[7] **ن**[8] أبرأه يرجع أيضاً.

قال: **وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة.** **ر**[9]

---

[1] شس : شرح السرخسي

[2] ه : هداية

[3] وقال نصير بن يحيى قدر ما يتغابن الناس [illegible]

[4] [illegible] : شرح الطحاوي

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] ر : روضة العلماء للناطفي

[7] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[8] ن : النوازل

[9] ر : روضة العلماء للناطفي

لإطلاق اللفظ. وقالا لا يجوز. لأنّه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما.

قال: **وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالمشتري موقوف. فإن اشترى باقيه لزم الموكّل.**

لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الإمساك بأن كان مشتركاً بين جماعة. فيحتاج إلى شرائه شقصاً.[1] فإذا اشترى الباقي قبل ردّ الأمر البيع ظهر أنه وسيلة فنفذ على الأمر. والفرق لأبي حنيفة قد مر. والثاني له أن الأمر في البيع صادف ملكه فصح مطلقاً.[2] والأمر بالشراء صادف ملك الغير. فلم يصحّ إلا في المتعارف. ولو وكله عبده فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بينة أو نكول أو إقرار برده على الموكّل إلا في الإقرار في عيب يحدث مثله في هذه المدّة. لأنّه غير مضطر إلا إذا لزمه ببينة أو نكوله وقول الطبيب أو النساء في عيب لا يعرف إلا بقولهم حجة في توجه الخصومة دون الردّ. وإن كان بغير قضاء لا يرد إلا في عيب لا يحدث مثله في رواية. فإنه يلزم الموكّل من غير خصومة. ولو اختلف الوكيل والموكّل فقال الوكيل "أمرتني ببيعه مطلقاً" وقال الآمر "بل نسيئة" فالقول للآمر. ولو اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول للمضارب. لأنّ الأصل في المضاربة العموم حتّى لو اختلفا في النوعين فالقول لربّ المال. لأنّ الأمر يستفاد من جهته.

قال: **وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة بدرهم لزم الموكّل [٢٤١/أ] منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة. وقالا[3] يلزمه العشرون.**

وفي بعض النسخ قول محمد مع[4] أبي حنيفة. لهما أنه خالفه[5] إلى خير فلزمه كالوكيل ببيع عبده بألف فباعه بألفين. وله أنه أمره بشراء عشرة. ولم يأمره بالزيادة فينفذ شراؤها عليه. والعشرة على الموكّل بخلاف تلك المسألة. لأنّ الزيادة ثمه بدل ملك الموكّل فيكون له. وبخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه إجماعاً. لأنّ الأمر تناول السمين دون المهزول. ولو قال الوكيل بشراء العبد "اشتريته ومات عندي" وقال الموكّل "اشتريته لنفسك." فإن كان دفع الثمن فالقول للمأمور. لأنّه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فقبل قوله. وإلا فللآمر. لأنّه أخبر عما يملك استئنافه. وهو

---

[1] أ، ق : شقصاً شقصاً

[2] [illegible] تأمل. مجمع الأنهر ٣٢٨/٣.

[3] ف، ق : وقال أبو يوسف ومحمد

[4] ق : + قول

[5] ف : خالف

الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر. والقول للمنكر. ولو كان حياً حين اختلفا فالقول للمأمور إن كان الثمن منقوداً. وإلا فللآمر عند أبي حنيفة خلافهما. ولو وكله بعبد[1] بعينه ثمّ اختلفا وهو حي فالقول للمأمور إجماعاً. لأنّه أخبر عما يملك استئنافه فلا يكون متهماً.

قال: **ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه.**

لأنه يؤدّي إلى تقرير الآمر حيث اعتمد عليه. ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكّل. فلو سمّى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسمّها[2] فاشترى بغير النقود أو وكل غيره بشراه فاشتراه وهو غائب نفذ عليه.

قال: **وإذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول "نويت الشراء للموكل" أو يشتريه بمال الموكّل.** هـ[3]

وهي على وجوه. إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر فللآمر. وهو المراد بقوله أو يشتريه بمال الموكّل دون النقد من ماله. لأنّ فيه تفضيلاً وخلافاً. وهذا بالإجماع. وإن أضافه إلى دراهم نفسه فله. لأنّه المتعارف. وإن أضافه إلى دراهم مطلقة. فإن نواها للآمر فللآمر. وإن نواها لنفسه فله لتساوي الاحتمال. وإن تكاذبا في النية يحكم بحكم النقد بالإجماع. لأنّه دلالة ظاهرة. وإن توافقا على أنه لم يحضره النية. قال محمد هو للعاقد. لأنّه الأصل. وعند أبي يوسف بحكم النقد لما مرّ. والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه.[4] شس[5]

قال: **والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.**

خلافاً لزفر. لأنّ القبض غير الخصومة. ولم يرض به. ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وانتهاؤها[6] بالقبض. [٢٤١/ب] والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الحيل والمكر والخيانة في الوكلاء وشدة عنادهم في قضاء الحقّ والوفاء ومداهنة أرباب القضاء في بعثهم على الإيفاء. أعاذنا الله وكافة المسلمين من شر هؤلاء. وإن جرى توكيلهم فيما بين الخصماء إما تحاشياً عن مقابلة أمثالهم بالمكالمة أو توسلاً إلى المكر والخديعة في المخاصمة. وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال. ونظيره التوكيل بالتقاضي يملك

---

[1] أ، ق : لعبد
[2] أ، ف : أو لم يسم
[3] ه : هداية
[4] أ : + أعطاه دنانير وأمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بغيرها ثمّ نقدها فالطعام للوكيل. لأنّ النقود يتعين في الوكالات قبل الشراء. ولهذا لو هلكت تبطل الوكالة.
[5] شس : شرح السرخسي
[6] ف : - وانتهاؤها

القبض على أصل الرواية. لأنّه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلافه. فالفتوى على أن لا يملك. ه[1] فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً. لأنّه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما. ويمكن اجتماعهما بخلاف الخصومة.

قال: **والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة.**

حتّى لو أقيمت عليه البيّنة على استيفاء الوكيل أو إبرائه تقبل عنده. وقالا[2] لا يكون خصماً. وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. لأنّ القبض غير الخصومة. وليس كلّ من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضي بها. ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك. لأنّ الديون يقضي بأمثالها لعدم تصور قبض أعيانها. فيملك كلّ واحد منهما ما في ذمة الآخر ثمّ يتقاصان. لكنّه جعل استيفاء لعين حقّه من وجه فصار كالوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب. فإنهم يملكون الخصومة كذا هذا بخلاف الوكيل بقبض العين حيث[3] لا يكون وكيلاً بالخصومة. لأنّه أمين محض. وليس بمبادلة حتّى لو أقام[4] في يديه العين بيّنة أن الموكّل باعه منه وقف الآمر حتّى يحضر الغائب استحساناً. والقياس أن يدفع إلى الوكيل. لأنّ بينته قامت لا على الخصم. وكذا الطلاق والعتاق وغيرهما. **جش**[5] الوكيل بقبض الدين وكل من في عياله بالقبض صحّ. ولو هلك المال في يده فعلى الموكّل. **جت**[6] وكله أن يقبض منها مائة فوزن له مائتين صفقة فقبضها فضاعت لم يبرأ الغريم و لم يضمن الوكيل. ولو دفع المطلوب إليه المال و لم يعلم بموت الموكّل ضمنه. وإن علم لم يضمنه. ولو قبض دين غيره فأجاز وهو قائم لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف أخراً. **جص**[7] خلافه وكله بقبض الدين بمحضر من عليه الدين ثمّ عزله يبرأ المطلوب بالدفع قبل العلم. **جت**[8] وللوكيل بالبيع أن يوكل بقبض الثمن وأن يرسل فيه إلا أن الوكيل إذا لم يكن في عياله ضمن الوكيل الأوّل إلا أن يصل إليه المال بخلاف الرسول وبرئ المشتري. ولا يضمن الثاني خلافاً [٢٤٢/أ] لهما كالمودع. وقيل لا خلاف أنه يضمن شجر أمر الوكيل الموكّل بقبض الثمن.

---

[1] ه : هداية
[2] ف، ق : وقال أبو يوسف ومحمد
[3] ف : حيث
[4] أ : + من
[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[6] جت : جمع التفاريق للبقالي
[7] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[8] جت : جمع التفاريق للبقالي

فأيهما طالبه أجبر على التسليم. ولو نهى الوكيل الموكّل عن قبض الثمن أو المثمن صحّ نهيه. وعلى عكسه لا يصحّ لا يملكه.[1]

قال: **وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه. ولا يجوز إقراره عليه عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد إلا أنه يخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه عند غير القاضي.**

وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين. وهو قول أبي يوسف الأوّل. وهو القياس. لأنّه مأمور بالخصومة. وهي منازعة. والإقرار مسالمة. والأمر بالشيء لا يتناول ضده. ولهذا لا يملك الصلح والإبراء. ويصحّ إذا استثنى الإقرار. وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة. ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان التوكيل صحيح قطعاً. وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً. وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً. والجواب بالإقرار خصومة. لأنّه خرج في مقابلة الخصومة كقوله تعالى ﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾[2] ولأنه مسبب الخصومة. والتعبير بالسبب عن[3] المسبب سائغ في اللغة. فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً.[4] ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف أنه لا[5] يصحّ. لأنّه لا يملكه. وعن محمد أنه يصحّ. لأنّ التنصيص زيادة دلالة على ملكه. وعنه أنه صحّ في الطلب دون المطلوب. ثمّ أبو يوسف يقول الوكيل قائم مقام الموكّل في إقراره. وإقراره لا يختصّ بمجلس القضاء. فكذا إقرار نائبه. ولنا أن التوكيل تناول جواباً يسمّى خصومة حقيقة أو مجازاً على ما بينا. والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً. لأنّه خرج في مقابلة الخصومة. لكنّه إذا قامت البيّنة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتّى لا يؤمر بدفع المال إليهما.[6] لأنّه صار مناقضاً كالأب أو الوصي إذا أقرّ في غير مجلس القضاء لا يصحّ. ولا

---

[4] ... الاستحسان ... إليهما. الهداية ٣/١٥١.

[5] ف : - لا

[6] أ، ف، ق : إليه

يدفع المال إليهما. ولو وكل صاحب المال الكفيل بقبض الدين عن المكفول عنه لا يصحّ.[1] لأنّه عامل لنفسه. والوكيل من يعمل لغيره.

قال: **ومن ادّعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه.**

لأنه إقرار على نفسه. لأنّ ما يدفعه خالص ماله.

قال: **فإن حضر الغائب فصدقه. وإلا دفع إليه ثانياً.**

لأنه لما أنكر الوكالة. والقول قوله فيه فسد الأداء فيرجع.

قال: **ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده.**

لأنه لم يحصل غرضه من الدفع. وهو براءة ذمّته. [٢٤٢/ب] فله أن ينقض قبضه. وإن ضاع في يده لم يرجع به عليه. لأنّ[2] تصديقه اعتراف بأنه محق في القبض. وهو مظلوم في هذا الأخذ. وليس للمظلوم أن يظلم غيره إلا أن يكون ضمنه عند الدفع فيرجع. لأنّ المأخوذ ثانياً مضمون عليه فيزعمها فصار كالكفالة بما ذاب[3] له[4] على فلان ولو لم[5] يصدقه على الوكالة. ولكن دفعه على إدعائه. فإن رجع ربّ المال عليه يرجع هو على الوكيل. لأنّه دفعه إليه على رجاء الإجارة. فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه. وكذا إذا دفعه على تكذيبه إياه. وهذا أظهر. وفي الوجوه كلّها ليس له أن يسترد المدفوع حتّى يحضر الغائب. لأنّ المؤدى له[6] صار حقّاً له[7] ظاهراً ومحتملاً كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجارة لم يملك الاسترداد.

قال: **ومن قال "إني وكيل بقبض الوديعة" فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه.**

الجوهري الصحاح

[4] أجل. فتح القدير ٦/٤٥٤.

[5] ف : – لم

[6] أ، ق : – له

[7] ف : – له

لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين. هـ[1] ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له فحسب. وصدقه المودع يؤمر بالدفع إليه لا يبقى ماله بعد موته. ولو ادّعى أنه اشتراها من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لإقراره على ملك. فإنه يدفع المال لثبوت الوكالة دون الاستيفاء ويتبع ربّ المال فيستحلفه رعاية لجانبه. ولا يستحلف الوكيل. لأنّه نائب. والله أعلم.

---

[1] ه : هداية

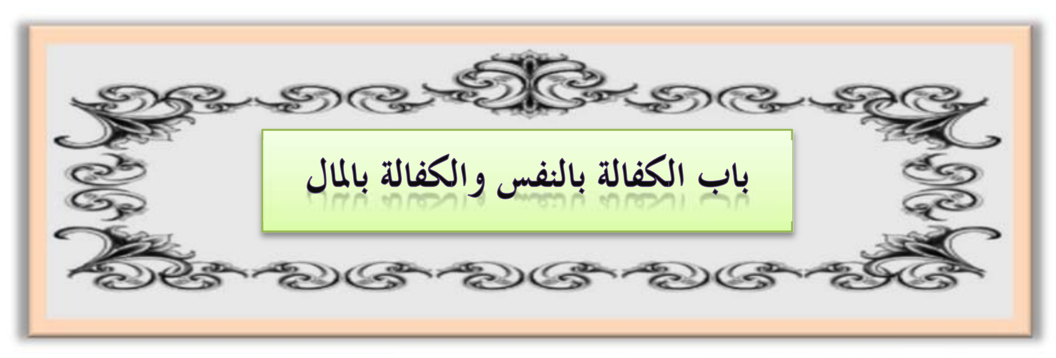




١٦ كتاب الكفالة

الكفالة في اللغة هو الضم. قال تعالى ﴿ **وكفّلها زكريا** ﴾[1] أي ضمّها إلى نفسه سميت بها. لأنها ضمّ ذمة إلى ذمة لغرض التوثيق. هـ[2] قيل هي ضمّ الذمة في المطالبة.[3] وقيل في الدين. والأول أصحّ. والأصل في جوازها قوله ﷺ « **الزَّعيمُ غارِمٌ** »[4]

أبو داود السنن "**إجارة**" ٨٨؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٩؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٢٦٧.



١٦.١ باب الكفالة بالنفس والكفالة بالمال

قال: **الكفالة ضربان**[١] **كفالة بالنفس وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة.**[٢] **والمضمون بها إحضار المكفول به.**[٣]

وقال الشافعي لا يجوز. لأنّه لا قدرة له على تسليم نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال. لأنّ له ولاية على ماله. ولنا قوله ﷺ « **الزَّعيمُ غارِم** »[٤] وإنه ينتظم الكفالتين. ولأنه كفل بما يقدر عليه. وهو تسليم نفس المطلوب بالتخلية بينه وبينه[٥] بإعلام مكانه وبالاستعانة[٦] بأعوان القاضي في إحضاره. **شس**[٧] الامتناع عن التكفل أقرب إلى الاحتياط. لأنّه مكتوب في التورية الزعامة أوّلها ملامة وأوسطها ندامة وأخرها غرامة.

---

١ أنواع الكفالة والكفالة على ثلاثة أوجه أحدها بالمال والثانية بالنفس والثالثة بالنفس والمال جميعا والكفالة اسم والكفيل الذى يضمن المال او النفس والمكفول له صاحب المال والمكفول عنه الغريم الذى ضمن عنه المال والمكفول به هو الغريم الذى كفل بنفسه الكفالة بالمال واعلم ان الكفالة بالمال على وجهين احدهما ان تكون على شرط البراءة للغريم والثاني بالاختلاف واذا لم تكن على شرط البراءة فان المكفول له بالخيار فان شاء أخذ الغريم. السغدي النتف

أبوحبيب القاموس

أبو داود السنن "**إجارة**" ٨٨؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٩؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٦٧/٥.

٥ ق : – وبينه

٦ ق : أو بالاستعانة

٧ شس : شرح السرخسي

قال: **وتنعقد إذا قال "تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه."**

وكذا "ببدنه وبوجهه." لأن هذه الألفاظ يعبر بها[1] عن[2] البدن إما حقيقة [٢٤٣/أ] أو عرفاً. يقال "فلان يملك كذا رأساً ورقبة وروحاً." ولهذا صحّ إضافة الطلاق والنكاح والعتق عليها.

قال: **أو بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه.**

لأن النفس الواحدة في حقّ الكفالة لا تتجزئ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلّها بخلاف ما إذا قال "تكفلت بيد فلان أو برجله." لأنّه لا يعبر بها عن البدن. والبدن بقاء بدونهما.

قال: **وكذلك إن قال "ضمنته أو هو عليّ أو إليّ أو أنا زعيم به أو قبيل."**

لأن قوله "ضمنته" تصريح بموجبه وعلى صيغة الالتزام. وكذا "إليّ" قال ﷺ « **ومن تركَ كَلاًّ أو عِيالاً فإليّ** »[3] والزعيم والقبيل هو الكفيل لغة. ولهذا سمّي الصكّ قبالة.[4]

قال: **فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول[5] في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه[6] في ذلك الوقت.**

وفاء بما التزمه.

قال: **فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم.**[7]

لأنه امتنع عن إيفاء حقّ مستحقّ عليه. ولكن لا يحبسه أوّل مرة. لعله لا يدري لما ذا[8] يدعى. ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدّة ذهابه ومجيئه. فإن مضت ولم يضحره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحقّ. **شط**[9] ويطالب أيهما شاء بتسليم نفس الأصيل إذا عرف مكانه ببينة أو علم القاضي أو كانت له عادة في الخروج إلى موضع كلّ سنة يؤمر الكفيل في الذهاب إليه وإحضاره. ويستوثق منه بكفيل. فإن لم يذهب أجل بقدر المسافة ذاهباً وجائياً والمقام عنده. فإن لم يحضره إليه حبس إن كان بقدر أن يأتي به

---

[1] أ : لها

[2] أ : + جميع

[3] البخاري الصحيح "**استقراض**" ١١، "**فرائض**" ٢٥؛ مسلم الصحيح "**فرائض**" ١٧؛ أبو داود السنن "**خراج**" ١٤؛ ابن ماجه السنن "**فرائض**" ٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٥٥/٢.

[4] هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة. الهداية ٨٧/٣.

[5] ف، ق : + به

[6] ف، ق : + به

[7] ق : + حتى يحضره

[8] أ، ف : ذي

[9] شط : شرح الطحاوي

بوجه ما وإلا ترك. شس[1] م[2] فإن لم يذهب[3] يحبس. فإن لم يكن للأصيل خرجة معروفة فالقول للكفيل أنه لا يعرف موضعه. فإن حلف أو أقام بيّنة إن خصمك غائب لا يدري تندفع المطالبة. وقيل لا يلتفت إلى قوله ويحبس إلى أن يظهر عجزه. جع[4] مت[5] لو أراد الكفيل أن يدافع عن[6] نفسه مطالبة الطالب فالحيلة فيه أن يقول له "إن خصمك غائب فبين لي موضعه." فإن أقام بيّنة على ذلك يندفع عنه الخصومة أو يحلف أنه لا يعلم أين هو تندفع أيضاً. وإن اتفقا على أنه لا يعرف مكانه أو عرف وكان بحال لا يقدر على إحضاره لم يطالب الكفيل بالتسليم. قيل فعلى هذا إذا التجأ إلى باب الظالم اليوم ينبغي أن يطالب. ط[7] شب[8] لا تبقى المطالبة لتعذر إحضاره. شس[9] يبقى جت[10] تبقى في ظاهر[11] المذهب. وكذا لو كان محبوساً فظهر للقاضي أنه لا[12] يقدر على إحضار الأصيل لغيبته خلاه. ولو كفل ثلاثة فسلم أحدهم برءوا.

قال: **فإن أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته برئ الكفيل من الكفالة.**

لأنه وفى بالملتزم. لأنّه ما التزم التسليم [٢٤٣/ب] إلا مرة. جت[13] وليس للطالب أخذ الكفيل في غير مصر الكفالة. سى[14] كفل في مصر أو قرية ولم يبيّن أين يرده عليه لا يأخذه إلا حيث كفل له به.

قال: **وإن تكفل بنفسه على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ. وإن سلّمه في برية لم يبرأ.**

لحصول المقصود في الأوّل دون الثاني. وقيل في زماننا لا يبرأ. لأنّ الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار. فكان التقييد مفيداً. وكذا إذا سلّمه في سواد لا يبرأ لعدم قاض بفصل الحكم فيه. ولو سلّم في مصر غير مصر كفالته برئ عند أبي حنيفة لقدرته على المخاصمة فيه. وعندهما لا يبرأ. ولو سلّم في

---

[1] شس : شرح السرخسي
[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[3] ق : - لم يذهب
[4] جع : جمع العلوم للبقالي
[5] مت : مجد الأئمة الترجماني
[6] أ : - عن
[7] ط : المحيط
[8] شب : شرح بكر خواهر زاده
[9] شس : شرح السرخسي
[10] جت : جمع التفاريق للبقالي
[11] ف : + الرواية
[12] أ : - لا
[13] جت : جمع التفاريق للبقالي
[14] سى : سيف سائلي

السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لفوات القدرة على المحاكمة فيه. **جش**[1] ولو طلب المدّعي من القاضي أن[2] يأخذ من المدّعى عليه وكيلاً بالخصومة يأخذه منه كالكفالة بالنفس. ولكن لا يجبر عليه بخلاف الكفالة غنيه يأخذ القاضي من المدّعي عليه كفيلاً لطلب المدّعي إلى ثلاثة أيّام عند أبي حنيفة. وعندهما غير موقت إلا الغريب. ولا يأخذ منه إنّما يأخذ منه كفيلاً إذا قال "لي بيّنة في المصر." وإلا فلا.

قال: **وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة.**

لعجزه عن إحضاره. ولأنه سقط الحضور عن الأصيل. فيسقط إحضار الكفيل. وكذا إذا مات الكفيل. وإن مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل. وإن لم يكن فلورثته لقيامهم مقام الميت. ولو كفل بنفسه ولم يقل "إذا دفعت إليك فأنا برئ" فدفعه برئ لتمام موجبه. ولا يشترط قبول الطالب التسليم كقضاء الدين. ولو سلّم المكفول به نفسه من كفالته صحّ. لأنّه مطالب بالخصومة. وكان له ولاية الدفع. وكذا إذا سلّمه إليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه.

قال: **فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه. وهو ألف فلم يحضره في الوقت لزمه ضمان المال.**

لأن تعليق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة يصحّ خلافاً للشافعي. لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر كالبيع. ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام تبرع. فقلنا لا يصحّ تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه. ويصحّ بشرط متعارف عملاً بالشبهين. والتعليق لعدم الموافاة متعارف.

قال: **ولم يبرأ من الكفالة بالنفس.**

لأن وجوب المال بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه. لأنّ كلّ واحد منهما للتوثق.[3] ولو[4] كفل بنفسه وقال "إن لم يواف به غداً" فعليه المال فمات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط. ولو ادّعى عليه مائة دينار [٢٤٤/أ] وبيّنها أو لم يبينها حتّى يكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المال فلم يواف به غداً فعليه المائة عندهما خلاف محمد.

١٦.١.١ فصل الكفالة في الحدود والقصاص

قال: **ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة.**

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[2] ف، ق : – ولو طلب المدّعي من القاضي أن

[3] ق : + الشرط

[4] ف : قال ولو

معناه لا يجبر عليها عنده. وقالا يجبر في حد القذف. لأنّ فيه حقّ العبد والقصاص خالص حقّ العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. وله قوله ﷺ « **لا كفالة في حد** »[1] ولأن مبنى الحدّ على الدرء بالنص. فلا يجب فيها الاستيثاق. ولو سمحت به نفسه يصحّ بالإجماع. لأنّه أمكن ترتيب موجبه عليه. لأنّ تسليم النفس فيهما واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقّق الضم. ولا يحبس فيها حتّى يشهد شاهدان أو عدل يعرفه القاضي. لأنّ الحبس هنا للتهمة. والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة بخلاف الحبس في الأموال. لأنّه أقصى عقوبة فيه. فلا تثبت إلا بحجة كاملة. وفي أداب القاضي على قولهما. لا تحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة. والرهن والكفالة جائزان في الخراج. لأنّه دين يطالب به. ولو أخذ كفيلاً بنفسه ثمّ ذهب وأخذ كفيلاً آخر بنفسه منه فهما كفيلان. لأنهما لا ينافيان.

قال: **وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول "تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه[2] أو بما يدركك في هذا البيع"**

لقوله تعالى ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** ﴾[3] والحمل مجهول. وقوله ﷺ « **الزَّعِيمُ غارِمٌ** »[4] وإنه تناول المعلوم والمجهول. ولأن مبنى الكفالة على التوسعة فتحمل فيها الجهالة. وفي الكفالة على الدرك إجماع. وكفى به حجة. وصحت الكفالة بالشجّة. وإن احتملت السراية ولاقتصار وقوله "إذا كان ديناً صحيحاً" احتراز عن بدل الكتابة على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

واعلم أن الكفالة بالأعيان المضمونة عينها جائزة كالكفالة بالمغصوب وبالأعيان المضمونة ردها كالكفالة بردّ العواري وبالأعيان المضمونة بغيرها كالكفالة بالرهون والمبيع. وإنما يتصوّر الكفالة بالرهون بعد الفكاك. لأنّ الكفالة شرعت لالتزام الضمان. فما كان مضموناً على الأصيل صحت الكفالة. وما لا فلا كالودائع وأموال الشركات والمضاربات. ك[5] الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم البيع وبالبيع الفاسد والمضمون بغيره كالمرهون بعد فكاك الرهن والمبيع في يد البائع جائزة غير أن المضمون بنفسه [٢٤٤/ب] يجب[6] عليه تسليم عينه حال بقائه وقيمته عند هلاكه. وفي المضمون بغيره

---

[1] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٦/٧٧.

[2] أ : عليك

[3] يوسف ١٢/٧٢

[4] أبو داود السنن "**إجارة**" ٨٨؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٩؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٢٦٧.

[5] ك : الكفاية للبيهقي

[6] ق : + به

يجب تسليمه حال بقائه. ولا تجب قيمته حال هلاكه لإنفساخ البيع بهلاكه. ولو كفل بعين العارية أو المستأجرة لا يجوز. ولو[1] كفل بتسليمه جاز. لأنّ التسليم مضمون لا العين. ه[2] مثله.

قال: **والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله.**

لأن الكفالة ضمّ الذمة إلى الذمة في المطالبة لما مرّ. وإنه يقتضي قيام الأوّل لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ ينعقد حوالة اعتباراً للمعنى كما أن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر. وله أن يطالبهما بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين. لأنّ اختياره أحدهما يتضمّن التمليك منه. فلا يملك تمليكه من الثاني. والمطالبة بالكفالة لا يتضمّن التمليك.

١٦. ١. ٢ فصل في تعليق الكفالة بالشروط

قال: **ويجوز تعليق الكفالة بالشروط.[3] مثل أن يقول "ما بايعت فلاناً فعليّ وما ذأب لك فعليّ وما غصبك فعليّ"**

لقوله تعالى ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** ﴾[4] ولإجماع الأمة على صحّة ضمان الدرك. ثمّ اعلم أنه يصحّ تعليق الكفالة بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحقّ أولاً مكان الاستيفاء أو لتعذر الاستيفاء كقوله إذا استحقّ المبيع أو إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو إذا غاب عن البلدة. وما ذكر من الشروط ملائمة لها على ما ذكرنا من التفسير. فأما التعليق بمجرد الشرط لا يصحّ كقوله "إن هبت الريح أو إذا جاء المطر." وكذا إذا[5] جعل واحداً منهما أجلاً. لكنّه يصحّ الكفالة. ويجب المال حالاً. لأنّه لما صحّ تعليق الكفالة بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق.

قال: **فإن قال "تكفلت بمالك عليه" فقامت البيّنة بألف عليه ضمنه الكفيل.**

لأنّ الثابت بالبيّنة كالثابت معاينة فلزمته.

قال: **فإن لم يقم بيّنة عليه فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به.**

لأنه منكر للزيادة.

قال: **فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله.**

---

[1] أ، ف، ق : وإن

[2] ه : هداية

[3] ف، ق : بالشرط

[4] يوسف ٧٢/١٢

[5] ف : - إذا

لأن إقراره لا يكون حجة على غيره. جت[1] ولو ضمن أن يقبض الدين ليدفعه إليه لم يجز بخلاف الغصب القائم. ولو ضمن المال على أن لا يؤديه لم يجز بخلاف قوله "حياته." فإنه يجب في تركته. ولو قال "ما غصبك أهل هذه الدار" لم يجز حتّى سمّي إنساناً بعينه. قال[2] وهذه فائدة قوله "ماغصبك فلان فعليّ."

قال: **ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره.**

لإطلاق ما روينا. ولأنه تبرع. ولا ضرر فيه على أحد.

قال: **فإن كفل بأمره رجع [٢٤٥/أ] بما يؤدى عليه.**

لأنه قضى دينه بأمره. وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه. لأنّه متبرع بالأداء. وقوله رجع بما يؤديه معناه إذا أدى ما ضمنه. أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن. لأنّه ملك الدين بأدائه. فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه الكفيل بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى. لأنّه لم يجب عليه شيء حتّى يملك الدين بالأداء وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة. لأنّه إسقاط. فصار كما إذا أبرأ الكفيل.

قال: **وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه.**

لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء. لأنّه انعقد بينهما مبادلة حكمية.

قال: **فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتّى يخلصه.**

وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه. لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله.

قال: **وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استثنى منه برئ الكفيل.**

لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل. لأنّ الدين عليه لما مرّ أن الكفالة ضمّ في المطالبة لا في الدين.

قال: **وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل.**[3]

لبقاء الدين عليه بدون المطالبة من الكفيل. وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل دون عكسه. لأنّ التأخير أبرأ مؤقت. فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي
[2] أ : قلت
[3] ف : المكفول عنه

إلى شهر. فإنه يتأجل عن الأصيل. لأنّه لاحق إلا الدين حال وجود الكفالة فدخل الأجل فيه. أما ههنا فبخلافه. ولو صالح عن الألف التي على الكفيل بخمسمائة يبرأ عنها الأصيل. ولو صالح عما استوجب عليه بالكفالة لا يبرأ الأصيل. لأنّ هذا إبراء الكفيل عن المطالبة. ولو قال المكفول له للكفيل بأمره "برئت إليّ" يرجع على الأصيل. ولو قال "أبرأتك" لا يرجع. ولو قال "برئت" فكذلك عند أبي يوسف خلاف محمد. ولو كان الطالب حاضراً يرجع إليه في البيان. **شصد**[1] والتحليل أبرأ حتّى لو قال للكفيل "حللت لك ما عليك من المال أو الأصيل" فهو إبراء. وإذا أبرأ[2] الطالب الكفيل من الدين فرد لا يبطل. ولو وهب فردها بطلت. **شج**[3] وإذا حل المال على الأصيل حل على الكفيل. وهذا خلاف ظاهر الرواية.

قال: **ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط.**

لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءة. وروى أنه يصحّ. لأنّ عليه المطالبة دون الدين على الأصحّ. فكان إسقاطاً محضاً [٢٤٥/ب] كالطلاق. ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل.

قال: **وكل حقّ لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصحّ الكفالة به كالحدود والقصاص.**

مراده بنفس الحدّ لا بنفس من عليه الحدّ لتعذر إيجابه عليه. لأنّ النيابة لا تجري في العقوبات.

قال: **وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز.**

لأنه دين كسائر الديون.

قال: **وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم يصحّ.**

لأنه عين مضمون بغيره. وهو الثمن. فلا يصحّ. لأنّه إذا هلك المبيع ينفسخ البيع فيسقط الثمن. **ه**[4] ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض وبتسليم الرهن بعد القبض وبتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز. لأنّه التزم فعلاً واجباً.

قال: **ومن استأجر دابّة للحمل فإن كانت بعينها لم تصحّ الكفالة بالحمل.**

لأنه عاجز عنه.[5]

---

[1] شصد : شرح صدر القضاة

[2] ف : – أبرأ

[3] شج : شرح الجلالي

[4] ه : هداية

[5] ف : – عنه

قال: **وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة.**

لأنّ المستحقّ عليه هو الحمل فأمكن استيفاؤه من الكفيل. ولو استأجر عبداً للخدمة وكفل بخدمته لم يصحّ **جت**[1] لما بيّنّا.[2]

قال: **ولا تصحّ الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد**

عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يجوز إذا بلغه فأجاز كالفضولي في النكاح. و لم يشترط الإجازة في بعض النسخ. والخلاف في الكفالة بالنفس والمال واحد له أنها التزام فيستبدّ به الملتزم. ولهما أن فيه معنى التمليك. وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما. والتزام الكفيل شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس. **جت**[3] وتجوز الكفالة بالخراج والنوائب. معناه ما شرط عليهم مما يراه الإمام إذا شرطه صار معلوماً فبرضا المكفول عنه قبل قبول الطالب كأمره. ولا يعتبر بعده. وقوله "شئت أو أجزت" سواء. ولو قال للطالب "الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه" أو قال "أسلمه" أو قال "أقبضه" فقبل الطالب فليس بكفالة ما لم يأت بكلمة يدلّ على الالتزام. **خلك**[4] أتركه من أورابتو بازدهم هركه كي خواهي لا تكون كفالة. ولو قال "باتوبسيا زم هركاه كه خواهي" فهي كفالة استحساناً. **م**[5] "ضمنت لفلان عن فلان ما في هذا الكتاب" أو قال "في كتاب القاضي" فهو باطل. ولو قال "ما عليه في هذا الكتاب" جاز.

قال: **إلا في مسألة واحدة. وهو**[6] **أن يقول المريض لوارثه "تكفل عني بما عليّ من الدين" فتكفل به مع غيبة الغرماء.**

لأنه وصيه في الحقيقة. ولهذا يصحّ. وإن لم يسمّ المكفول لهم كقوله "اقضوا ديوني." ولهذا قالوا إنّما يصحّ إذا كان له مال. **جش**[7] **ه**[8]ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه. وكفالة الوارث عن المريض بأمره بغيبة الطالب بقدر التركة يجوز. ولا يجوز رجوعه عنه. وكذلك لو ضمنه بعد موته جاز. ولو قال "إن لم يعطك فأنا ضامن" اعتبر التقاضي أو الموت. فإن طلبه و لم يعطه لزمه. وإن قال "نعم إلى منزلي"

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي

[2] أ : + وتجوز الكفالة بالخراج والنوائب. معناه ما شرط عليهم مما يراه الإمام إذا شرطه صار معلوماً فبرضا المكفول عنه قبل قبول الطالب كأمره. ولا يعتبر بعده. وقوله "شئت أو أجزت" سواء. ولو قال للطالب "الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه" أو قال "أسلمه" أو قال "أقبضه" فقبل الطالب فليس بكفالة ما لم يأت بكلمة يدلّ على الالتزام. أتركه من أورابتو بازدهم هركه كي خواهي لا تكون كفالة. ولو قال باتوبسيا زم هركه كي خواهي فهي كفالة استحساناً. ضمنت لفلان من فلان ما في هذا الكتاب أو قال في كتاب القاضي فهو باطل. ولو قال ما عليه في هذا الكتاب جاز.

[3] جت : جمع التفاريق للبقالي

[4] خلك : خلاصة الأكمل

[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[6] ف، ق : وهي

[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[8] ه : هداية

ونحو هذا لا يلزمه لجهالة الوقت. ط[1] لو قال "أسلك هذا الطريق فإنه آمن" فأخذه اللصوص لم يضمن. ولو قال "إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن" يضمن. ولو قال "من بايعك بشيء فأنا كفيل [٢٤٦/أ] بثمنه" لم يصحّ. ولو قال من هؤلاء صحّ. لأنّه جهالة مستدركة. ذ[2] "أكفل لي بنفس هذا أو بمالي عليه" فقال "قد كفلت" تمّت الكفالة. وإن لم يقل الآخر قبلت.

قال: **وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتّى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة.**

لأن كلّ واحد منهما أصيل في النصف كفيل في النصف الآخر. ولا معارضة بين دين الأصالة وحق الكفالة. لأنّ الأوّل دين والثاني مطالبة والمطالبة يتبع الدين بخلاف الزيادة. فإنه لا يعارضها الأصل فيرجع. ولأنه لو جعلناها عن الشريك يرجع عليه فللشريك أيضاً أن يجعلها عنه إذا أدى ويرجع بعين هذا عليه فيؤدي إلى الدور.

قال: **وإذا تكفل اثنان عن رجل بألف على أن كلّ واحد منهما كفيل عن صاحبه فما أدى أحدهما يرجع بنصفه على شريكه قليلاً كان أو كثيرا.**

قلت[3] وهذا إذا تكفل كلّ واحد منهما عنه بكل الألف ثمّ تكفل كلّ واحد منهما عن صاحبه بجميع ذلك.[4] لأنّه ذكر في الكفالة أنه إذا تكفل رجلان عن رجل بألف فعلى كلّ واحد منهما خمسمائة لا غير. وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على صاحبه. ثمّ إن كفل أحدهما بما على الآخر فأدى خمسمائة فالقول له من أي المالين أدى قبل الأداء وبعده. لأنّه المملك فالقول له. فإن كفل كلّ واحد منهما عن صاحبه معاً أو متعاقباً ثمّ أدى أحدهما شيئاً لا يرجع على الكفيل الآخر حتّى يؤدّي زيادة على خمسمائة ثمّ يرجع بالزيادة لما مرّ أنه يؤدّي إلى الدور. ولو كفل الأصيل والكفيلان بجمع المال كلهم بعضهم عن بعض فما أداه أحد الكفيلين قليلاً كان أو كثيراً يرجع بجميعه على الأصيل. وإن شاء رجع بنصفه على شريكه. لأنّه لما كفل بجميع المال وتكفل كلّ واحد عن صاحبه فضمان ما لزم هذا لازم للآخر فيرجع بنصف ما أدى لتساويه في الأداء وفي المسألة الأولى ما لزم كلّ واحد لزمه من وجهين مختلفين فلم يتساويا في الأداء. قال وهذه الكفالة لو وجدت بعد الأولى لنقضتها لما مرّ من اختلاف الحكم. هـ[5] ولو أبرأ أحد الكفيلين منه لا يبرأ

---

[1] ط : المحيط
[2] ذ : الذخيرة البرهانية
[3] ف : قال
[4] ف : - بجميع ذلك
[5] ه : هداية

الآخر لبقاء الدين.[1] وإذا كوتب العبدان [٢٤٦/ب] كتابة واحدة وكل واحد كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما رجع بنصفه عليه. لأنّ كلّ واحد منهما أصيل وكفيل في حقّ كلّ الألف فتعلق عتقه عليه.

قال: **ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل بها[2] أو عبد.**

لأنه ليس بدين صحيح. لأنّه دين المولى على عبده والمولى لا يستوجب على عبده ديناً. ولهذا لو عجز تبطل ولأنه لو عجّز نفسه يسقط. ولا يمكن إثباته على الكفيل على هذا لوجه فلم يصحّ. وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة. لأنّه كالمكاتب عنده. ولو كفل[3] عن عبد مالاً يجب عليه بعد العتق و لم يسمّ حالاً ولا غيره فهو حال لسبب الحلول. لكنّه لا يطالب العبد لعسرته كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ثمّ إذ أدى رجع على العبد بعد العتق.

قال: **وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً وكفل عنه رجل[4] للغرماء لم تصحّ الكفالة عند أبي حنيفة. وقالا تصح.**

لأنه كفل زيد بن ثابت رضي الله عنه وقتادة رضي الله عنه أيضاً بمحضر النبي عليه السلام فأجاز. ولأنه وجب لحق الطالب. والموت لا يسقط. ولهذا لو كان به كفيل يبقى فصح الكفالة به. وله أنه[5] عجز عن الأداء بنفسه. ويخلفه فسقط فلم تصحّ الكفالة به.[6]

---

[1] ف، ق : - وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما رجع بنصفه عليه. لأنّ كلّ واحد منهما أصيل وكفيل في حقّ كلّ الألف فتعلق عتقه عليه.

[2]

[3]

[4]

[5]

[6]





١٧ كتاب الحوالة

الحوالة[1] في اللغة النقل والتغيير.[2] وفي الشرع نقل الدين من ذمة إلى ذمة.[3] والأصل في جوازها قوله ﷺ « **من أُحيل علي مَلِيءٍ فليَتبَعْ** »[4] وتقرير النبي ﷺ الناس على ما اعتادوه من الوكالة والكفالة والحوالة.

قال: **الحوالة جائزة بالديون. ويصحّ برضى المحيل والمحتال له والمحال[5] عليه.**

---

[1] [illegible]

[2] [illegible] المال. الجوهرة [illegible]

[3] [illegible] الحميل. النتف في الفتاوى ٢/٧٥٤.

[4] البخاري الصحيح **"حوالات"** ١؛ مسلم الصحيح **"مساقاة"** ٣٣؛ أبو داود السنن **"بيوع"** ١٠؛ الترمذي السنن **"بيوع"** ٦٨؛ النسائي السنن الكبرى **"بيوع"** ١٠٠؛ ابن ماجه السنن **"صدقات"** ٨

[5] ف، ق : المحتال

وإنما خصها بالديون. لأنها تنبئ عن التحول والتحويل في الدين لا في العين. وإنما شرط رضى المحال فلأن الدين حقّه. والذمم متفاوتة. فلا بدّ في النقل من رضاه. وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين. ولا لزوم بدون الرضا. وأما المحيل فرضاه ليس بشرط. ذكره في الزيادات. لأنّ التزام الدين من المحال عليه تصرف في حقّ نفسه. والمحيل لا يتضرر به. لأنّه لا يرجع عليه حينئذ. فلا يشترط رضاه.[1] **شب**[2]

قال: **فإذا تمّت الحوالة برئ المحيل من الدين.**

وقال زفر لا يبرأ كالكفالة. ولنا أن الحوالة نقل. ومتى انتقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها. والكفالة ضمّ. والأصل ورود الأحكام على مطابقة المعاني اللغوية. وإنما يجبر المحال على القبول إذ نقد المحيل. لأنّه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى [٢٤٧/أ] فلم يكن متبرعاً في المغرب المحال من وقع له الحوالة. وقول الفقهاء المحتال له لغو. لأنّه لا حاجة إلى هذه الصلة. **ك**[3] ولو كفل بشرط[4] براءة الأصيل يبرأ. وهو حوالة كالحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة لاعتبار معناه.

قال: **ولم يرجع المحتال[5] على المحيل إلا أن يتوى حقه.**[6]

وقال الشافعي لا يرجع وإن توى. لأنّ الساقط لا يعود. ولنا أن براءة ذمّته مقيدة بسلامة حقّه له. لأنّه هو المقصود أو بفسخ الحوالة لفواته. لأنها قابلة للفسخ. فأشبه وصف السلامة في المبيع.

---

[1] أ : + إبراء المحال المحيل لا يصحّ عند أبي يوسف لبراءته بالحوالة. وعند محمد يصحّ. **خك** حال الغريم بدون رضا المحتال عليه لا يجوز. وقيل يجوز كالتوكيل بقبض الدين وفي الشروط الظهيرية. ورضا من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعاً. قلت ومعناه إذا كان المحال به مثل الدين.

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] ف : + قوله

[5] ف، ق : + له

[6] ف : - حقه



١٧. ١ باب في التوى

قال: **والتوى عند أبي حنيفة أحد أمرين. إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بيّنة له عليه أو يموت مفلساً.**

لأن فوات حقّه يحصل بكل واحد منهما.

قال: **وقالا هذان[١] ووجه ثالث[٢] وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته.**

وإنه بناء على أن الإفلاس يتحقّق بحكم الحاكم عنده خلافهما. لأنّ مال الله غادٍ ورائح.

قال: **وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل "أحلت بدين كان لي عليك" لم يقبل قوله. وكان عليه مثل الدين.**

لأن سبب الرجوع قد تحقق. وهو قضاء دينه بأمره. لكن المحيل يدّعي عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر.

قال: **وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال "إنما أحلتك لیقبضه لي" وقال المحتال "بل أحلتني بدين كان لي عليك" فالقول قول المحيل.**

لأن المحال يدّعي عليه الدين وهو ينكر ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فكان القول قوله مع يمينه. ولو أحال غيره بوديعة على زيد جاز. ولو هلكت برئ. وكذا إذا قيّده بالدين. ويسقط بهذه الحوالة مطالبة المحيل المحتال عليه بها. لكن المحال يكون أسوة الغرماء بعد موت المحيل في الوديعة والدين. وفي الحوالة المطلقة لا يسقط مطالبته لتعلق حقّ المحال بالمحال به في الأوّل دون الثاني.

قال: **ويكره السفاتج.[١] وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق.[٢]**

---

[١] ف، ق : – هذان

[٢] ف، ق : وجها ثالثا

وفي بعض النسخ سقوط خطر الطريق. لأنّ فيه جرّ منفعة. و« **قد نهى النبي ﷺ عن قرضٍ جرَّ منفعةً** »[3] صورته دفع بخراسان إلى رفيقه ألفاً مخافة الخطر في الطريق ليأخذ مثله بخوارزم من يده أو يد نائبه. **جش**[4] ويجوز الإحالة على من لا دين عليه برضاه. ويجبر على الأداء ثم اختلف المتأخّرون أن الحوالة لنقل المطالبة أم لنقل الدين. ومسائل محمد تدل على القولين. **خك**[5] "له عليّ ألف درهم" فأحاله بها على رجل فأبرأ المحتال عليه صحّ. وليس له أن يرجع على المحيل. وللمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه إذا كانت الحوالة بدين عليه ولو لم يبرئه به.[6] لكن وهبه له وقيل فله أن يرجع على المحيل. **شح**[7] صالح من دراهم على دنانير أو مال آخر رجع على المحيل [٢٤٧/ب] لجميع الدين.[8]

، الموضوعات

فيه. فتح القدير

منفعة. الجوهرة النيرة ٢٣١/٣.

٣ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٢٧/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٤٥/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٨٥/٤.

٤ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٥ خك : خلاصة الأكمل

٦ أ، ق : – به

٧ شح : شمس الأئمة الحلواني

٨ ف، ق : + والله أعلم



بسم الله الرحمن الرحيم

١٨ كتاب الصلح

الأصل[١] في جواز الصلح[٢] الكتاب والسُنة. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **والصلح خير** ﴾[٣] وأما السُنة فقوله ﷺ « **الصلحُ جائزٌ بين المسلمين إلا صُلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً** »[٤] وعليه الإجماع. وعن عمر رضي الله عنه ردّوا الخصوم كي يصطلحوا. فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن إذا عرفنا هذا.

---

١ [illegible] بالنفس. الجوهرة [illegible]

٢ [illegible] به. البحر الرائق ٧/٢٥٥.

٣ النساء ٤/١٢٨

٤ أبو داود السنن **"عقدية"** ١٢؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ١٧؛ ابن ماجه السنن **"أحكام"** ٢٣.



١٨. ١ باب أقسام الصلح

قال: **الصلح على ثلاثة أضرب. صلح مع إقرار. وصلح مع سكوت. وهو أن لا يقر المدّعى عليه ولا ينكر. وصلح مع إنكار. وكل ذلك جائز.**

لإطلاق ما تلونا. وقال الشافعي لا يجوز مع إنكار أو سكوت. لأنّه صلح أحل حراماً. لأنّ البدل كان حرام الأخذ على المدّعي فيحله الصلح. ولأنه يدفع المال لقطع الخصومة. وإنه رشوة. و« **لعن الله الراشيَ والمرتشِيَ** »[1] لكنا نقول تأويل قوله ﷺ « **أحل حراماً** »[2] لعينه كالخمر. « **وحرم حلالاً** »[3] كالصلح[4] أن لا يطأ الضرة أو الأمة. ولأن ما يأخذه المدّعي بدل حقّه في زعمه فيجوز له. وما يدفعه المدّعى عليه لدفع الظلم والرشوة لدفع الظلم جائز.

قال: **فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال.**

لوجود حد البيع.[5] وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من العاقدين فيجب فيه الشفعة إذا كان أحد البدلين عقاراً. ويرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط. ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه. لأنّه يسقط. ويشترط القدرة على تسليم البدل.

---

١ أبو داود السنن "**عقدية**" ٤؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٩؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/١٦٤.

٢ أبو داود السنن "**عقدية**" ١٢؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ١٧؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٣.

٣ أبو داود السنن "**عقدية**" ١٢؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ١٧؛ ابن ماجه السنن

قال: **فإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالأجرة لتحقق معنى الإجارة.**

وهو تمليك المنافع بمال. فيشترط التوقيت فيها أو يبطل الصلح بموت أحدهما في المدّة. لأنّه إجازة.

قال: **والصلح عن السكوت والإنكار في حقّ المدّعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حقّ المدّعي بمعنى المعاوضة.**

لما بيّنّا. ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كالإقالة في حقّ المتعاقدين وغيرهما. وهذا في الإنكار ظاهر. وكذلك في السكوت. لأنّه يحتمل الإقرار والجحود. فلا يثبت كونه عوضاً في حقّه بالشك.

قال: **وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة.**

يعني إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت. لأنّه يبقى الدار في يده على أصل حقّه. ويدفع لقطع الخصومة. ولا يلزمه زعم المدّعي .

قال: **وإن[1] صالح على دار وجبت فيها الشفعة.**

لأنه معاوضة في زعم المدّعى. فيلزمه الشفعة بإقراره.

قال: **وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدّعى عليه بحصة ذلك من العوض.**

لأنه معاوضة كالبيع. وهذا حكم الاستحقاق في البيع.

قال: **وإن وقع الصلح [٢٤٨/أ] عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدّعي بالخصومة ورد العوض.**

لأن المدّعى عليه أنّما دفع العوض لدفع الخصومة عن نفسه. فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أنه لا خصومة له. فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فتسترده.

قلت[2] ذكر المصنف أن المدّعي يرد العوض. ولم يذكر أنه هل يجوز للمدعى عليها أن يسترد العوض في هذه؟ فقد أشار صاحب الهداية فيما ذكرت من التعليل أن له الاسترداد. وقوله في آخر التعليل فيسترده صريح بثبوت ولاية الاسترداد. وقد نصّ عليه في ط[3] مطلقاً فقال ادّعى حقّاً في دار فصالحه ذو

القنية. الأشباه والنظائر ١/٢٩٠.

[1] ق : + كان

[2] ف : قال

[3] ط : المحيط

اليد على دراهم. ثمّ استحقت الدار له أن يرجع بدراهمه على المدّعي . وهكذا ذكر الجواب في أمثاله مطلقاً بين ما إذا كان الصلح عن إقرار أو إنكار. فدلّ إطلاقه فيها على أن له أن يرجع.

قال: **وإن استحقّ بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه**[1]

لخلو العوض عن الغرض في هذا القدر. **ه**[2] ولو استحقّ المصالح عليه بإقرار رجع بكل المصالح **عنه**. لأنه مبادلة. وإن استحقّ بعضه رجع بحصته. وإن كان الصلح عن إنكار رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحقّ. لأنّ المبدل هو الدعوى. وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدّعى. لأنّ الإقدام على البيع إقرار منه.[3] ولا كذلك الصلح. لأنّه قد يقع لدفع الخصومة. ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين.

قال: **وإن ادّعى حقّاً في دار لم يبينه فصولح من ذلك**[4] **ثمّ استحقّ بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض. لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى.**

بخلاف ما إذا استحقّ كله لغراء العوض عما يقابله.[5] وقال الشافعي الصلح عن المجهول[6] لا يجوز.[7] **ط**[8] ولو وقع الصلح عن مجهول على معلوم يحتاج فيه إلى تسليم المجهول للمدعي لا يجوز كما لو ادّعى حقّاً في دار لم يسمه فصالحه بعشرة على أن يسلم المدّعى عليه على[9] المدّعي ذلك. وإلا فيجوز كما لو صالحه في هذه الصورة ليترك الدعوى يجوز. وكذا يجوز عن مجهول بمجهول إذا كان لا يحتاج إلى التسليم كما لو ادّعى كلّ واحد منهما حقّاً في أرض في يد صاحبه فاصطلحا على أن يترك كلّ واحدٍ منهما دعواه قبل صاحبه يجوز. وإلا فلا. **ه**[10] **جص**[11] ولو ادّعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصحّ. لأنّ ما قبضه من غير حقّه حتّى يزيد درهماً في بدل الصلح ليكون عوضاً عن الباقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

قال: **والصلح جائز من دعوى الأموال والمنافع وجناية العمد والخطأ.**

---

[1] ف، ق : – فيه

[2] ه : هداية

[3] أ، ف، ق : + بالحق

[4] ف، ق : + على شيئ

[5] لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله. الجوهرة النيرة ٢٣٧/٣

[6] ف : المستحق

[7] أ : لا يجوز الصلح عن المجهول

[8] ط : المحيط

[9] ف، ق : إلى

[10] ه : هداية

[11] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

لما مرّ من إطلاق النصوص. ولأن الصلح [٢٤٨/ب] يحمل على أقرب العقود إليه. وأشبهها احتيالاً لتصحيح تصرفهما. فالصلح عن دعوى الأموال يحمل على البيع وعن[١] دعوى المنافع على الإجارة. وأما عن جناية العمد فلقوله تعالى ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى** ﴾[٢] إلى أن قال تعالى ﴿ **فمن عُفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف** ﴾[٣] الآية. قال ابن عباس ﷺ إنها نزلت في الصلح. وإنه بمنزلة النكاح. فكل ما يصلح مسمّى في النكاح يصلح مسمّى هاهنا.[٤] لأنّ كلّ واحد منهما مبادلة المال بغير المال. لكن عند فساد التسمية هاهنا يصار إلى الدية. لأنّه موجب الدم. ولو صالح على خمر لا يجب شيء. لأنّه لا يجب بمطلق العقد. وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين. والجناية في النفس وما دونه سواء. ولا يلزم الصلح عن الشفعة.[٥] لأنّه حقّ التملك. ولا حقّ في المحلّ. أما القصاص ملك للمحل في حقّ الفعل فصح الاعتياض عنه. وإذا لم يصلح الصلح عن الشفعة تبطل. لأنها تبطل بالأعراض والسكوت. وكذا لا يصحّ الصلح عن الكفالة بالنفس لما مرّ. وفي بطلان الكفالة به روايتان. وأما الصلح عن جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير كالبيع. لكنّه لا يصحّ الزيادة على قدر الدية لتقدره شرعاً. فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص. وهذا إذا كان الصلح على أحد مقادير الدية. ولو صالح على غيره بالزيادة جاز. لأنّه مبادلة. لكنّه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين. ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لتعين الحقّ بالقضاء فكان مبادلة. ولو غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه على مائة جاز عند أبي حنيفة خلافهما. لأنّ الواجب هو القيمة فالزيادة ربا. وله أن حقّه في الهالك باق حتّى لو كان عبداً وترك أخذ القيمة فالكفن عليه. ولو صالح على عرض جاز إجماعاً. ولو صالح بعد القضاء بالقيمة لم يجز عندهم. فلو كان أعتق أحد الشريكين العبد المشترك بينهما وهو موسر فصالحه على ما دون نصف قيمته لم يجز إجماعاً.

قال: **ولا يجوز من دعوى حدّ.**

لأنه حقّ الله تعالى[٦] فلا يجوز الاعتياض لغيره عن حقّه. ولهذا لو ادعت نسب ولده ثمّ صالحت عنه لم يجز. لأنّه حقّ الغير. وكذا لا يجوز الصلح عما شرعه إلى طريق العامة. هـ[٧] ويدخل فيه حد القذف. لأنّ المغلب فيه حقّ الشرع.

قال: **وإذا ادّعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتّى يترك الدعوى جاز. وكان في معنى الخُلع.**

لأنه يزعمه أنه يأخذ المال بدلاً عن منافع البضع. وهو معنى الخُلع. وفي جانبها بذل المال لدفع الخصومة. ه[1] قالوا ولا يحلّ له أن يأخذ ديانة إذا كان مبطلاً في دعواه. [٢٤٩/أ]

قال: **وإن ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها لم يجز.**

وفي بعض النسخ جاز. ويجعل زيادة في مهرها وجه الأولى. هو الصحيح. لإن الرجل أنّما بذل المال ليترك الدعوى. فإن جعل تركها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة. وإن لم يجعل فالحال كما كان قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصحّ.

قال: **فإن ادّعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز. وكان في حقّ المدّعي بمنزلة الإعتاق على مال وفي حقّ المدّعى عليه لقطع الخصومة.**

ولا ولاء له إلا ببينة.

قال: **وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحقّ بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة. وإنما يحمل على أنه استوفي بعض حقه. وأسقط باقيه كمن له على رجل ألف درهم جياد. فصالحه على خمسمائة زيوف جاز.[2] فكأنّه أبرأه عن بعض حقه وأخذ باقيه.[3] ولو صالحه على ألف مؤجلة جاز.[4] وكأنه أجل نفس الحق.**

لأن تصحيح تصرف العاقل واجب ما أمكن. ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى ربا الفضل في المسألة الأولى وربا النسيئة في الثانية فحمل على الإبراء أو[5] التأجيل.

قلت[6] وقوله وهو مستحقّ بعقد المداينة معناه إذا كان بدل الصلح من جنس الدين الذي وجب للمدعي بذلك العقد أو السبب الذي يدعيه.

قال: **ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز.**

---

[1] ه : هداية
[2] ف، ق : + وصار
[3] ف، ق : - وأخذ باقيه
[4] ف، ق : + وصار
[5] أ، ق : و
[6] ف : قال

لأن الدنانير غير مستحقّ بعقد المداينة. فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة. وبيع[1] الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز.

قال: **ولو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز.**

لأنه لم يستحقّه حالاً بعقد المداينة. والمعجل خير من المؤجل فيكون المخطوط بإزاء التعجيل. وإنه حرام.

قال: **ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز.**

لما مرّ بخلاف ما إذا كان له ألف بيض فصالحه على خمسمائة سود جاز. **ك**[2] وكذا كلّ ما كان أقلّ وصفاً من جنس الدين. لأنّه يصير كأنه أبرأه من الوصف. ولو صالحه على أكثر من قدر الدين. وهو مثله صفة أولاً لا يجوز. لأنّه معاوضة. ولو صالحه على قدر الدين وهو أجود جاز إن قبض قبل التفرق. وإلا بطل بالتفرق. ولو كان له ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالاً أو إلى شهر جاز. لأنّه إبراء من الدنانير وبقية الدراهم وتأجيل للمائة كما لو صالح من ألف وكر حنطة على مائة يكون المائة عين حقّه. والباقي حطّ وإبراء. ولو كان لرجل عليه مائة دينار ولآخر عليه ألف درهم فصالحهما عن جميع ما لهما على مائة درهم تقسم لمائة بينهما على قيمة الدنانير والألف فما أصاب الدنانير لصاحبه. وهو معاوضة. ولكن [٢٤٩/ب] يعتبر فيه القبض في المجلس. وما أصاب الدراهم لصاحبها بطريق الإبراء عن الباقي. **شب**[3] على الميت لرجل دنانير وحنطة وشعير فصالح الورثة الغريم بدنانير وحنطة دون الدين وتفرقوا قبل القبض لم يصحّ. **جت**[4] ويجوز الصلح بدراهم عن دراهم مجهولة في الذمة استحساناً لكونه أقلّ غالباً. **ه**[5] عليه ألف فقال "أد إليّ غداً منها خمسمائة على أنك برئ من الفضل" ففعل فهو برئ. وهذه المسألة على خمسة أوجه. أحدها هذه فإن لم يعط الخمسمائة غداً عاد عليه الألف لفوت الإبراء. لأنّه مقيّد بشرط تعجيل خمسمائة. وإنه متعارف. والإبراء أنّما يتقيد بالشرط. وإن كان لا يتعلّق به كما في الحوالة. وهذا عندهما. وعند أبي يوسف لا يعود. وثانيها "صالحتك من الألف على خمسمائة يدفعها إليّ غداً وأنت برئ من الفضل على أنك إن لم تعطها غداً فالألف عليك على حاله" فالأمر على ما قال. لأنّه قيده به صريحاً فيعمل به. وثالثها "أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً" فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة غداً أو لم يعط لإطلاقه أولاً. وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً. ولكنه يصلح شرطاً فوقع

---

[1] ف، ق : ولو بيع

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] ه : هداية

الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد. ورابعها "أد إليّ[1] خمسمائة على أنك بريء من الفضل" ولم يوقت للأداء وقتاً صحّ الإبراء. ولا يعود الدين لإطلاقه. وخامسها "إن أديت إليّ خمسمائة" أو قال "إذا أديت أو متى أديت" لم يصحّ الإبراء. لأنّه علقه بالشرط صريحاً. وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتّى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم. لأنّه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به. **جص**[2] ولو قال له "لا أقرّ لك بمالك حتّى يؤخره عني أو تحط عني" ففعل[3] جاز إن قال ذلك سراً. وإن قاله علانية يؤاخذ به. **شط**[4] ولو ادّعى ألفاً فجحد فقال "أقرر لي بها على أن أحط عنها مائة أو على أن حططت عنها مائة" فأقر جاز.[5] لأنّ الحط من الدين جائز بخلاف قوله "على أن أعطيك مائة." لأنّ الإقرار لا يستحقّ به البدل. ولو قال "إن أقررت لي حططت عنها مائة" فأقر صحّ الإقرار لا الحط.

١٨ .١ .١ فصل التوكيل بالصلح

قال: **ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه إلا أن يضمنه. والمال لازم للموكل.**

وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو على بعض ما يدعيه من الدين. لأنّه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا يضمن كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه فيلزمه بعقد الضمان لا بعقد الصلح. أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو كالبيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل فيطالب بالمال دون الموكّل. قلت[6] وقوله والمال لازم للموكل. معناه يلزم الموكّل. [٢٥٠/أ] وإدخال اللام في المفعول به عند اسم الفاعل سائغ في كلام العرب يقول "هو معطيه كذا ومعط له كذا."

قال: **وإن صالح رجل عنه[7] بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تمّ الصلح.**

لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة. وهو والأجنبي فيه سواء. فصلح أصلاً فيه إذا ضمنه كالفضولي في الخلع إذا ضمن البدل. ويكون متبرعاً كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره. ولا يكون للمصالح شيء من المدّعى. لأنّ تصحيحه بطريق الإسقاط. وسواء كان المدّعى عليه مقراً أو منكراً. وعن محمد صالح المالك عن الجارية المغصوبة بمائة على أن يبرأ منها. ولم يقل على أن يسلمها لي أو

---

[1] ف : - إلي
[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[3] ق : - ففعل
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] ف : صح
[6] ف : قال
[7] ف، ق : + على شيء

له جاز ثمّ إن كان الغاصب مقراً فللمصالح الجارية. وإن جحد فليس له عليه سبيل. ولو قال علي أن تسلمها للغاصب فهذا. والأول سواء إن كان يدفعها إليه. شب[1] لو قال الفضولي صالحني أو صالحتك على ألف من مالي ينفذ عليه ويصير مشترياً لنفسه حتّى يصير العين له. جت[2] إذا استحقّ المال أو ردّ بعيب فلا شيء على الفضولي إلا في الدراهم إذا ضمنها. فإنه يرد مثلها. ولو كان مأموراً بالصلح فضمن فالصحيح أنه يرجع.[3]

قال: **وكذلك إن قال "صالحتك على ألفي هذه" صحّ[4] الصلح ولزمه تسليمها. وكذا في سائر أمواله.**

لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح.

قال: **وكذا لو قال "صالحتك[5] على ألف" وسلمها.**

لأن التسليم إليه أوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده. م[6] عن أبي يوسف أن أبي صاحب اليد الصلح وهو منكر فلا خصومة بين الثلاثة. وهذا كالبراءة عن الدين المجحود. وإن كان مقراً البتة وأبى الصلح جاز الصلح بين المتطوع والطالب. ويقوم المتطوع مقام الطالب في أخذ الحقّ. ويصير له ولو صالحه و لم يقل على أن يسلمها لفلان ولا لي فالجواب كذلك في الجحود والإنكار. ولو صالحه على أن يسلم ذلك إليّ[7] فهو للمصالح في الإقرار وفي الجحود له الدعوى. فإن استحقها فله. وإلا رجع بماله على الطالب.[8]

---

[1] شب : شرح بكر خواهر زاده

[2] جت : جمع التفاريق للبقالي

[3] أ، ف، ق : - وعن محمد صالح المالك عن الجارية المغصوبة بمائة على أن يبرأ منها. و لم يقل على أن يسلمها لي أو له جاز ثمّ إن كان الغاصب مقراً فللمصالح الجارية. وإن جحد فليس له عليه سبيل. ولو قال علي أن تسلمها للغاصب فهذا. والأول سواء إن كان يدفعها إليه. **شب** لو قال الفضولي صالحني أو صالحتك على ألف من مالي ينفذ عليه ويصير مشترياً لنفسه حتّى يصير العين له. **جت** إذا استحقّ المال أو ردّ بعيب فلا شيء على الفضولي إلا في الدراهم إذا ضمنها. فإنه يرد مثلها. ولو كان مأموراً بالصلح فضمن فالصحيح أنه يرجع.

[4] ف، ق : تم

[5] ف، ق : - **صالحتك**

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] ف، ق : - إلي

[8] أ، ف، ق : + وعن محمد صالح المالك عن الجارية المغصوبة بمائة على أن يبرأ منها. و لم يقل على أن يسلمها لي أو له جاز ثمّ إن كان الغاصب مقراً فللمصالح الجارية. وإن جحد فليس له عليه سبيل. ولو قال علي أن تسلمها للغاصب فهذا. والأول سواء إن كان يدفعها إليه. **شب** لو قال الفضولي صالحني أو صالحتك على ألف من مالي ينفذ عليه ويصير مشترياً لنفسه حتّى يصير العين له. **جت** إذا استحقّ المال أو ردّ بعيب فلا شيء على الفضولي إلا في الدراهم إذا ضمنها. فإنه يرد مثلها. ولو كان مأموراً بالصلح فضمن فالصحيح أنه يرجع.

قال: **ولو قال "صالحتك على ألف" ولم يسلمها[1] فالعقد موقوف. فإن أجاز المدّعى عليه جاز ولزمه الألف. وإن لم يجزه بطل.**

لأنه عقد العقد من جهة المديون له. لأنّه لم يضفه إلى ماله و لم ينفذه منه فيتوقف على إجازته. **هـ**[2] **شصد**[3] قال الفضولي "صالحني عما تدعي قبل فلان على ألف" صحّ بدون الإجارة ويلزمه المال.[4] ولو قال "صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد" و لم ينسبه إلى نفسه تمّ. لأنّه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته فيتم بقوله. ولو استحقّ العبد أو وجد به عيباً فلا سبيل له على المصالح. لأنّه التزام الإيفاء عن محلّ بعينه. فإن سلّم له تمّ الصلح. وإلا لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسمّاة وضمنها ودفعها [٢٥٠/ب] ثمّ استحقت ووجدت زيوفاً حيث يرجع. لأنّه جعل نفسه أصلاً في حقّ الضمان. ولهذا يجبر على التسليم فإذا لم يسلم له رجع عليه ببدله.

قال: **وإذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار. إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه. وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين.**

لأن أحد شريكي الدين إذا قبض شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لازدياد مالية الدين بالقبض[5] فثبت له حقّ المشاركة فيه كزيادة الثمرة والولد. ولكن قبل المشاركة باق على ملكه القابض. لأنّ العين غير الدين حقيقة. وقد قبضه بدلاً عن حقّه. فيملكه حتّى ينفذ تصرفه فيه. ويضمن لشريكه حصته.

قلت[6] ولا بدّ من معرفة الدين المشترك. **هـ**[7] والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة. وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك. إذا عرفنا هذا فنقول في هذه المسألة[8] أن يبيع الذي عليه الأصل. لأنّ نصيبه باق في ذمّته. وإن شاء أخذ نصف الثوب. لأنّ القابض قبض نصيبه. لكن له حقّ المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين. لأنّ حقّه في ذلك.

قال: **ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض.**

لما قلنا. ولأن قسمة الدين قبل القبض لا يصحّ.

---

[1] ف، ق : – ولم يسلمها
[2] ه : هداية
[3] شصد : شرح صدر القضاة
[4] ف : – قال الفضولي "صالحني عما تدعي قبل فلان على ألف" صحّ بدون الإجارة ويلزمه المال.
[5] ف : – بالقبض
[6] ف : قال
[7] ه : هداية
[8] أ، ف، ق : + له

قال: **ثمّ يرجعان على الغريم بالباقي.**

لأنهما لما اشتركا في المقبوض يبقى الباقي على الشركة.

قال: **ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين.**

لأنه قبض حقّه بالمقاصة كملاً. لأنّ مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح. لأنّ الخيار ثمة للمصالح. لأنّ مبنى الصلح على الحطيطة. فلو ألزمناه[1] دفع ربه الدين يتضرر به القابض فيتخير كما ذكرنا. ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع. لأنّه ملكه بالعقد والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين. وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا. لأنّ حقّه في ذمّته باقٍ. ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك. لأنّه إتلاف. وليس بقبض. ولو أبرأه عن القبض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام. ولو أخر أحدهما عن نصيبه صحّ عند أبي يوسف كالإبراء. ولا يصحّ عندهما. لأنّه نودي إلى قسمة الدين قبل القبض. ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراءً فاسداً وهلك في يده فهو قبض. والاستئجار بنصيبه قبض. وكذا الإحراق عند محمد خلاف أبي يوسف. والتزوّج به إتلاف في ظاهر الرواية. وكذا الصلح عليه[2] عن جناية. [٢٥١/أ]

قال: **وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يجوز الصلح.**

قلت[3] قد وقع في بعض نسخ القدوري هكذا. وفي أكثر النسخ لم يجز عند أبي حنيفة. وقالا يجوز الصلح. لكن الحاكم الشهيد وصاحب الهداية وغيرهم ذكروا قول محمد مع أبي حنيفة. والمراد بقوله على رأس المال أي من نصيبه على رأس المال. فأبو يوسف اعتبره بسائر الديون وبما إذا[4] اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصفه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة وإنه باطل. ولو جاز في النصف الشائع فلا بدّ من إجازة الآخر بخلاف شراء العين. هـ[5] ولأنه لو جاز لمشاركه[6] في المقبوض. ولو رجع المصالح به[7] على من عليه فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه .قالوا هذا إذا خلطا رأس المال. فإن لم

به

يكونا خلطاه فعلى الوجه الأوّل. هو على الخلاف. وعلى الوجه الثاني على الاتّفاق. ن[1] ولو أبرأ أحدهما من نصيبه صحّ. لأنّه إسقاط. وليس بقسمة.

قال: **فإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً.**

لأنه بمنزلة البيع. ولأن عثمان بن عفان رضي الله عنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها من ميراثها على ثمانين ألف دينار.[2]

قال: **وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو وكانت ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك.**

لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فحل التفاضل ووجب التقابض في المجلس. لأنّه صرف غير أن من في يده بقية التركة. فإن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض. لأنّه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح. وإن كان مقراً فلا بدّ من تجديد القبض. لأنّه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح.

قال: **وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بدّ من أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتّى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية الميراث.**

احترازاً عن الربا. ولا بدّ من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة. لأنّه صرف في هذا القدر. ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا. ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير جاز كيف ما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع. لكن يشترط التقابض للصرف.

قال: **وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل.**

لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين. وهو حصة المصالح.

قال: **وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم** [٢٥١/ب] **بنصيب المصالح فالصلح جائز.**

لأنه إسقاط وتمليك الدين ممن عليه الدين. وهو جائز. هـ[3] والحيلة الأخرى في جواز الصلح أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين. وفي الوجهين ضرر بالورثة. والأولى أن يقرضوا المصالح مقدار[1] نصيبه.

ويصالحوا على ما وراه. ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء. ولو لم يكن في التركة دين وأعيالها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون فقيل لا يجوز لاحتمال الربا. وقيل يجوز. لأنّه شبهة الشبهة لو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة. قيل لا يجوز. لأنّه بيع المجهول. والأصحّ أنه يجوز. لأنها لا يفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة. **جش**[2] ثمّ إذا جاز هذا الصلح ثمّ ظهر عين أو دين لم يعرفه الورثة. فعن أبي بكر البلخي لا رواية فيه. وقيل لا يدخل في الصلح. وقيل يدخل. فإن ظهر دين فالصلح باطل. وإن ظهر عين فهي لبقية الورثة والصلح ماض. **شب**[3] فإن ظهر عين لم يوجب فساداً بأن كان وديعة عند غيره أو غصباً. **ه**[4] وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لعدم ملك الوارث. وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت. ولو فعلوا يجوز. وذكر الكرخي أنه لا يجوز استحساناً ويجوز قياساً. **جش**[5] **جت**[6] وإذا صالح الابن والبنت الموصى له فالموصى به بينهما إن كان بمالهما. فإن كان من التركة فميراث. وفي حيل الخصاف إن كان عن إقرار فنصفان. وإن كان عن إنكار فعلى قدر الميراث متفرقة. **جش**[7] ولو صالح أحد الورثة بعضها على أن تكون له خاصّة.[8] ولو ادّعى عليه وديعة ألفاً فصالحت على مائة جاز. فلو وجد بيّنة عليه فله الزيادة. **خلك**[9] ادعت ميراث زوجها وجحدت الورثة زوجيتها صحّ الصلح على أقلّ من نصيبها أو مهرها. ولا يطيب لهم إن عملوا ذلك. فإن أقامت بيّنة بطل الصلح. ولو صالح عن ألف بمائة عن إنكار ثمّ أقام بيّنة يرجع بتمام الألف. وقيل لا يرجع. **ن**[10] له عليه ألف فأنكر المطلوب فصالحه الطالب على مائة منها وقال "أبرأتك من الباقي" أو لم يقل فهو جائز. ويبرأ في الظاهر ولا يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى. **شس**[11] لو قال المنكر "افتدي منك يميني بكذا" جاز. لأنّه معنى الصلح. ولو صالح الموصى له بالخدمة عن الخدمة جاز. **خو**[12] ولو ادّعى أرضاً أنها وقف ولا بيّنة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز. ويطيب له إذا كان صادقاً. **نص**[13] لا يصحّ.

---

[1] ف : − مقدار
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] ه : هداية
[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[6] جت : جمع التفاريق للبقالي
[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[8] أ، ق : + فهو له خاصّة
[9] خلك : خلاصة الأكمل
[10] ن : النوازل
[11] شس : شرح السرخسي
[12] خو : حميد وبري
[13] نص : برهان الدين النصي

لأنّ فيه معنى البيع. وبيع الوقف لا يصحّ. **خك**[1] ادّعى عليه داراً في يده فصالحه على ألف ثمّ أقام المنكر بيّنة أن الدار له ميراث عن أبيه [٢٥٢/أ] لا يرجع ببدل الصلح. ولو أقام بيّنة أنه اشتراها من المدّعي بطل الصلح. ولو أقام بيّنة أنه صالحه منها قبل هذا لصلح بطل الثاني. وكذا كلّ صلح بعد صلح فالثاني باطل. وكذا الصلح بعد الشراء منه والشرى بعد الشرى جائز إن كان الصلح الثاني بأقل أو أكثر جاز كالبيع. ولو أقام بيّنة بعد الصلح عن إنكار إن كان المدّعي قال قبله "ليس لي قبل فلان حقّ" فالصلح ماض. ولو قال بعده "ما كان لي قبل حقّ" بطل. **م**[2] **كص**[3] الغريم أقام بيّنة بعد الصلح على الإيفاء تقبل[4] بينته. **جت**[5] أقرّ أنه لا حقّ له ثمّ بطل الصلح رجع في دعواه. **جش**[6] ادعى مالاً أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدّعي يجوز الشراء في حقّ المدّعي. ويقوم مقامه في الدعوى. فإن استحقّ شيئاً من ذلك كان له. وإلا فلا. فإن جحد المطلوب و لم يكن له بيّنة فله أن يرجع على المدّعي. لأنّه معاوضة. **نص**[7] الصلح عن إنكار عن دعوى فاسدة لا يصحّ. وفي مختصر القدوري ما يدلّ على صحته. **جش**[8] قالوا والصلح عن الدعوى الفاسدة يصحّ. وعن الباطلة لا. والفاسدة ما يمكن تصحيحها. **شح**[9] صالح عن دعوى حقّ الشرب أو حقّ الشفعة أو حقّ وضع الجذوع ونحوه فقيل لا يجوز افتداء اليمين. لأنّه لا يجوز شراءه قصداً. والأصحّ أنه يجوز. لأنّ الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص في أي حقّ كان. فافتداء اليمين بدراهم يجوز. وأما إذا ادّعى تعزيراً بأن قال كفرني أو ضللني أو رماني بسوء ونحوه حتّى توجهت اليمين نحوه فافتداءها بدراهم يجوز على الأصح.

قلت[10] وهذا يدلّ على أنه يستحلف في دعوى التعزير. قال وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه فهو كله جائز.[11]

---

[1] خك : خلاصة الأكمل
[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[3] كص : ركن الأئمة الصباغي
[4] ف : – تقبل
[5] جت : جمع التفاريق للبقالي
[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[7] نص : برهان الدين النصي
[8] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[9] شح : شمس الأئمة الحلواني
[10] ف : قال
[11] أ، ق : + والله أعلم



١٩ كتاب الهبة

الهبة[1] مشروعة بالكتاب والسُنة والإجماع.[2] أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً** ﴾[3] وأما السُنة فقوله ﷺ « **تَهادَوْا تَحابُّوا** »[4] وعلى ذلك إجماع الأمة. إذا عرفنا هذا.

قال المصنف: **الهبة تصحّ بالإيجاب والقبول وتتمّ[1] بالقبض.**

الخلاصة. البحر الرائق

البخاري الصحيح **"الأدب المفرد"** ٢٠٨؛ مالك الموطا **"حسن الخلق"** ٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٦٩/٦.

أما الإيجاب فلأنه عقد فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود. وأما القبض فشرط لثبوت الملك خلافاً لمالك كالبيع. ولنا قوله عليه السلام « **لا تجوز الهبة إلا مقبوضةً** »[2] والمراد نفي الملك لثبوت الجواز بدون القبض إجماعاً. ولأنه عقد تبرع. وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع ما لم يتبرع به. وهو التسليم. فلا يصحّ بخلاف الوصية. لأنّ الملك فيها ثبت بعد الموت ولا إلزام بعد الموت. والصدقة على هذا الخلاف.[٢٥٢/ب]

قال: **فإن قبض الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز.**

استحساناً.

قال: **وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض.**

والقياس أن لا يجوز في الوجهين. وبه الشافعي. لأنّه تصرف في ملك الواهب بغير إذنه. ولنا أن القبض كالقبول في الهبة لتوقف ثبوت الملك عليه. فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض في المجلس لا بعده كالإيجاب تسليط على القبول في المجلس خاصّة. ولو نهاه عن القبض ليس له أن يقبض في المجلس إلا بإذنه. لأنّ الصريح أقوى من الدلالة. شق[3] ولو أذن له في القبض فقبضه بعد الافتراق جاز استحساناً كالإذن في البيع. وللواهب أن يفعل بها ما شاء قبل القبض كما في البيع قبل القبض.

قال: **وتنعقد الهبة بقوله "وهبت ونحلت وأعطيت وأطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة" إذا نوى بالحملان الهبة.**

وتنعقد الهبة لقوله ويبعث ونحلت وأعطيت.[4] أما الأوّل فصريح. والثاني مستعمل فيها. قال عليه السلام لبشير والد النعمان رضي الله عنه « **أكل أولادك نحلت مثل هذا** »[5] وكذا العطية يقال "أعطاك الله ووهبك الله" بمعنى وأما الإطعام فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعن عينه. ويراد به الهبة. وإذا أضيف إلى غيره كالأرض ونحوها يراد به الإعارة. وأما جعلت هذا الثوب لك فلأن اللام للتمليك. وأما أعمرتك فلقوله عليه السلام « **من أعمر عمري فهي للمعمر له ولوارثه من بعده** »[6] وكذا إذا قال "جعلت لك هذه الدار عمري" وأما

---

[1] أ، ف : – تتم

[2] عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٠٧/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٦٢/٦.

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[4] أ، ف، ق : – وتنعقد الهبة لقوله ويبعث ونحلت وأعطيت

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ١٢٢/٤.

[6] مسلم الصحيح "**هبات**" ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى "**عمرى**" ٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٦٠/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٩٢/٩.

"حملتك" فلأن حقيقة الحمل الإركاب. لكنّه[1] يحتمل التمليك. يقال "حمل الأمير فلاناً على فرس" أي ملكه فيثبت إذا نوى. هـ[2] و"كسوتك هذا الثوب هبة" لقوله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾[3] أو "منحتك وداري لك هبة سكنى أو سكنى هبة أو عمري سكنى أو نخلي سكنى أو سكني صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة" كلّها عارية أخذاً بالمتيقّن. ولو قال هبة يسكنها فهي هبة. لأن تسكنها مشورة وليس بتفسير.

قال: **ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة.**

وقال الشافعي يجوز كالبيع. ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله. والمشاع لا يحتمل القبض إلا بضم غير الموهوب إليه. فلا يتحقّق كماله. ولأن في تجويز هبة المشاع الغرامة شيئاً لم يلتزمه. وهو القسمة. ولهذا المعنى امتنع تمامه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف هبة المشاع فيما لا يقسم. لأنّ القبض القاصر هو الممكن ثمة فيكتفي به. ولأنه لا يلزمه مؤنة القسم.

قال: **وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة.**

لما مر. قلت[4] ومراده بما يقسم ما يجري فيه الجبر على القسمة بطل أحد الشريكين [٢٥٣/أ] كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والدور والعقار والعروض والمواشي. وما لا يجبر كالحمام والبئر والرحا والثوب الواحد والعبد والحيوان[5] الواحد ونحوها[6] مما يتضرر بالقسمة. وقوله محوزة أي مجموعة متميزة عن غيره. وهي احتراز عن المتصل بغيره خلقه[7] كالثمر على الشجر والزرع قبل الحصاد.

قال: **ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة.**

لما مر.

قال: **فإن قسمه وسلمه جاز.**

لأن تمامه بالقبض. ولا يبقى الشيوع عنده.

قال: **ولو وهب دقيقاً في حنطة أو ذهباً في سمسم فالهبة فاسدة. فإن طحن وسلم لم يجز.**

---

[7] خلقه

وكذا السمن في اللبن والعصير في العنب ونحوها. لأن الموهوب معدوم. ألا ترى أنه يملكه الغاصب بالاستخراج. والمعدوم ليس بمحلّ للملك فوقعت الهبة باطلة. فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف هبة المشاع. لأنّ المشاع محلّ للتمليك. ه[1] واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والشجر في الأرض والثمر في الشجر بمنزلة المشاع. لأنّ امتناع جوازه للاتصال. وذلك يمنع القبض كالشائع. **جش**[2] والشيوع الطاري لا يفسد الهبة بالاتّفاق.

قال: **وإذا كان العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم تجدد فيها قبضاً.**

لوجود شرطه. وهو القبض. **شق**[3] القبض ثلاثة قبض أمانة كالوديعة والعارية. وإنه ينوب عن قبض الهبة استحساناً. لأنّه قبض غير مضمون. وقبض الهبة غير مضمون. فينوب عنه بخلاف بيع الوديعة والعارية. فإن قبض المشتري مضمون فلا ينوب ذلك القبض عنه فلا بدّ للقبض من التحلية بينه وبين الوديعة وقبض مضمون بقيمة المقبوض أو بمثله كالمغصوب والمقبوض على سوم الشرا. وإنه ينوب عن قبض الهبة أيضاً. لأنّ الهبة إبراء له من الضمان فبقى القبض المشروط. وقبض مضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين. فلا بدّ فيه[4] من تجديد القبض بعد الهبة. وهو أن يرجع إلى مكان الموهوب ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه.

قال: **وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد.**

لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة.[5] ه[6] وسواء كان في يده أو في يد مودعه. لأنّ يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً. لأنّه في يد غيره أو في ملك غيره. والصدقة في هذا مثل الهبة. وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها ولا أب له ولا وصي. وكذا كلّ من يعوله.

قال: **وإن [٢٥٣/ب] وهب له أجنبي هبة تمّت بقبض الأب.**

لولايته عليه.

قال: **وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه جاز.**[7]

---

[1] ه : هداية
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[4] ق : – فيه
[5] أ : عن قبض ابنه
[6] ه : هداية
[7] ف، ق : – جاز

كوصي الأب وجده أب الأب ووصيه لقيام هؤلاء مقام الأب في الولاية عليه.

قال: **وإن كان في حجر أمّه فقبضها له جائز.**

لأن لها ولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله. ويحصل المال له بقبض هبته حفظ له فتملك.[١]

قال: **وكذلك إن كان في حجر أجنبي يربيه فقبضه له جائز.**

لأن له ضرب ولاية عليه. وهي الحضانة والتأديب والتسليم لتعليم الحرفة. وليس لغيره أن ينتزعه منه فيملك ما يتمحض نفعاً له. **شق**[٢] ولا يجوز قبض من ليس له[٣] في عياله[٤] وإن كان ذا رحم محرم منه لفوت الولاية.

قال: **وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز.**

يعني إذا كان عاقلاً. لأنّه يقع محض. **ه**[٥] وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف. ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم. وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح. لأنّ ولايتهم للضرورة لا للتفويض. ولا ضرورة مع حضور الأب. **شق**[٦] ويصحّ قبض الصبي مع حضور ابنه وجده.

قال: **وإن وهب ابنان لواحد داراً جاز وإن وهب واحد لاثنين دارا[٧] لم يصحّ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يصحّ.**

أما في الأوّل فلأنهما سلماها جملة. وقد قبضها جملة فلا يتحقّق الشيوع. وكذا في الثاني عندهما. لأنّه هبة الجملة منهما. لأنّ التمليك واحد. فلا يتحقّق الشيوع كالرهن من رجلين. ولأبي حنيفة أن هذه هبة النصف من كلّ واحد منهما.[٨] ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صحّ. والملك لكلّ واحد في النصف ثابت فكذا التمليك. لأنّه حكمه. وعلى هذا الاعتبار يتحقّق الشيوع بخلاف الرهن. لأنّ حكمه الحبس. وثبتت لكلّ واحد منهما كاملاً حتّى لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً منه. وفي النتف هبة رجل لرجلين على أربعة أوجه. أحدها أن يكون العقد مختلفاً والقبض مختلفاً. والثاني أن يكون العقد معاً

---

١ ق : فتمليك
٢ شق : شرح الأقطع شرح القدوري
٣ أ، ق : + هو
٤ أ، ف : + له
٥ ه : هداية
٦ شق : شرح الأقطع شرح القدوري
٧ أ، ف : - دارا
٨ أ : - منهما

والقبض مختلفاً. وكلاهما لا يجوز. والثالث أن يكون العقد مختلفاً والقبض معاً أو كلاهما معاً بأن يقولا "قبلناها وقبضناها" فهما لا يجوزان أيضاً عند أبي حنيفة. وعندهما جائزان. وهبة العين الواحدة من اثنين لاثنتين على الاختلاف المذكور. وإن كان من واحد لثلاثة جاز عند أبي حنيفة خلافهما.

قلت[١] وفيه نظر. **ن**[٢] وهب لابنيه صغير وكبير[٣] داراً لم يجز في قولهم لتفرق القبض. **م**[٤] معه [٢٥٤/أ] درهمان فقال "وهبت لك درهماً منهما" فإن كان الدرهمان مستويين لم يجز. وإلا فيجوز. وكذا لو قال "وهبت لك أحدهما أو أحدهما لك هبة." ولو وهب نصفهما ودفعهما فإن استويا وزناً وجودة لم يجز. وإلا فيجوز. ولو وهبهما ثلثهما جاز استويا أو اختلفا.[٥] **ق**[٦] يجوز هبة الحائط الذين بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار. فهذا يدلّ على أن كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحّة الهبة.

---

[١] ف : قال
[٢] ن : النوازل
[٣] ف : كبير وصغير
[٤] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[٥] ق : + قلت
[٦] ق : قدوري



١٩. ١ باب في الرجوع عن الهبة

قال: **وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها إلا أن يعوضه عنها أو يزيد زيادة متصلة أو يموت أحد المتعاقدين أو يخرج الهبة من ملك الموهوب له.**

وقال الشافعي لا رجوع في الهبة إلا فيما يهب الوالد لولده لقوله عليه السلام « **لا يَرجع الواهبُ في هبته إلا الوالدَ فيما يهبُ لولده** »[١] ولأن التمليك ينافي الرجوع إلا في هبة الوالد. لأنّه لم يتمّ التمليك لكون الولد جزءه .ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام « **الواهب أحقّ بهبته ما لم يُثبَت عنها** »[٢] أي لم يعوض منها[٣] ولأن الغرض منها المكافأة بالتعويض عادة فيثبت[٤] ولأنه الفسخ عند فواته ولأنه تبرع بالعين. وإذا تبرع بالمنافع يرجع. فكذا هذا. والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد. فإنه يتملّكه للحاجة. وذلك يسمّى رجوعاً. شق[٥] الرجوع في الهبة مكروه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما « **العائد في هبته كالكلبِ يعود في قيئه** »[٦] لأنّ فعل الكلب لا يوصف بحلّ ولا حرمة. وإنما يوصف بالكراهة. لكنّه يصحّ شرعاً إلا أن يعوضه عنها لما مرّ من الحديث ولحصول المقصود أو يزيد زيادة متصلة. لأنّ الرجوع فيها[٧] دون الزيادة متعذر ومع الزيادة أيضاً لعدم دخولها في العقد أو بموت الواهب. لأنّ وارثه أجنبي عنه أو بموت الموهوب له لانتقال الملك إلى الورثة أو يخرج الهبة من ملك الموهوب له ببيع أو هبة أو صدقة. لأنّ الملك ثبت للثالث بتسليطه فلا يلي نقضه.

---

[١] ابن ماجه السنن **"هبات"** ٢؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٨١٨٢؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٧٩/٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٦٧/٤.

[٢] ابن ماجه السنن **"هبات"** ٦؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤٢٠/٤؛ الدارقطني السنن ٤٣/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٨١/٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٦٨/٤.

[٣] ف، ق : - منها

[٤] أ : - فيثبت

[٥] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[٦] البخاري الصحيح **"هبات"** ١٣؛ مسلم الصحيح **"هبات"** ١؛ الترمذي السنن **"بيوع"** ٦٢؛ ابن ماجه السنن **"هبات"** ٥؛ النسائي السنن الكبرى **"هبة"** ٢.

[٧] ف : فيما

قال: **وإن وهب هبة لذي رحم محرم**[1] **فلا رجوع فيها**.

لقوله ﷺ « **إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها** »[2] ولحصول المقصود أيضاً. وهو صلة الرحم.

قال: **وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر**.

لأن المقصود هو التودّد والصلة وقد حصل. **ه**[3] والمعتبر قيام الزوجية وقت الهبة حتّى لو تزوّجها بعدما وهب لها فله الرجوع. ولو أبانها بعدما وهب يمتنع الرجوع. **نتف**[4] الموانع من الرجوع عشرة ثمّ عدّا السبعة المذكورة ثمّ عدّ فيها زيادة الموهوب له في الهبة كمن بنى في ناحية من الأرض الموهوبة بناءً أو أرباً أو دكاناً يعدّ ذلك زيادة في تلك الأرض يمنع الرجوع فيها. [٢٥٤/ب] ولو علم الغلام الموهوب القرآن أو الكتابة أو المشط أو القصارة أو الخبز ونحوها منع الرجوع في قول أبي يوسف وأبي عبد الله خلافاً لزفر والحسن.

قال: **وكذا لو هلك الموهوب بوجه من الوجوه أو استهلكه كذبح الشاة الموهوبة وطبخها وشواها ونحوها يمنع الرجوع**. **ه**[5]

وإن باع نصفه مشاعاً رجع في الباقي.

قال: **فإن قال الموهوب له للواهب "خذ هذا عوضاً عن هبتك وبدلاً منها أو في مقابلتها" فقبضه الواهب سقط الرجوع**.

لحصول المقصود. **شق**[6] إنّما يسقط بالعوض الرجوع إذا كان مشروطاً في العقد. فأما إذا عوضه بعده فلا. وهي هبة مبتدأة. ويشترط في العوض جميع ما يشترط في الهبة من القبض وعدم الإشاعة.

قال: **فإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض العوض سقط الرجوع**.

لأن العوض لإسقاط حقّه فصح من الأجنبي كبدل الخُلع والصلح. **شس**[7] وسواء كان العوض قليلاً أو كثيراً من جنس الهبة أو غيره بعد أن لا يكون من الهبة. لأنّه ليس بمعاوضة محضة. فلا يتحقّق فيه الربا أو

---

١ ف : + منه

٢ الدارقطني السنن ٤٤/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٨١/٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٢٦/٤.

٣ ه : هداية

٤ نتف : النتف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي حنفي المتوفى ٤٦١هـ

٥ ه : هداية

٦ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٧ شس : شرح السرخسي

الدراهم يتعين في الهبة والرجوع. م[١] وهب جارية بعوض ألف درهم فقبضها وولدت منه فأبى يؤمر بدفع العوض أو قيمته. شب[٢] وهب شرط العوض وهلكت الهبة في يد الموهوب له فللواهب أن يرجع بالهبة. ث[٣] وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتاً معلوماً ثمّ طلقها قبله فالهبة باطلة. وإن لم توقت ثمّ طلقها بعده فالهبة صحيحة. لأنّه وفى بالشرط. شح[٤] وهب له شاة فضحى بها فله الرجوع عند أبي حنيفة ومحمد خلاف أبي يوسف. ثمّ إذا رجع عندهما جازت الأضحية. وعلى هذا المتعة والقرأن والنذر بهبته. ث[٥] قصر الثوب يمنع وغسله لا. ولو وهب كافراً فأسلم سقط. ولو وضع في المسجد بواري[٦] أو باباً أو حصص أو علق سلسلاً أو حبلاً ليس له أن يرجع. لأنها تبرك فيه عادة. ولو وضع حياً أو علق فيه قنديلاً له أن يرجع. جش[٧] وهب عنباً فعصره سقط. والفتل والنقب في اللؤلؤة إن كان يزيد في الثمن سقط. وهب أمة فشبت أو كبرت رجع. وكذا الدابّة وجميع الحيوان. ولو وهب عبداً صغيراً فشاخ ونقص قيمته سقط. لأنّه زاد في يده.[٨] وهب له ثوباً فنقله إلى بلد آخر فزاد قيمته سقط. وكذا إذا وهب له تمراً ببغداد فحمله إلى بلخ فزادت قيمته بخلاف ما إذا غلا الشعر ببغداد. لأنّ التفاوت في الأولى نصفه يرجع إلى العين. وهو كونه محمولاً. والثاني لرغبات الناس.

قال: **وإن استحقّ نصف الهبة رجع بنصف العوض.**

لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه.

قال: **وإن استحقّ نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثمّ يرجع.**

وقال زفر يرجع بالنصف [٢٥٥/أ] اعتباراً بالعوض الآخر. ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء وظهر بالاستحقاق أنه لا عوض سواه. وإنما يتخير في رده. لأنّه أنّما أسقط حقّه في الرجوع ليسلم له كلّ العوض و لم يسلم فله الردّ. ه[٩] ولو وهب داراً فعوضه من نصفها فله الرجوع في الباقي.

قال: **ولا يصحّ الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم.**

---

[١] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[٢] شب : شرح بكر خواهر زاده

[٣] ث : أبو الليث

[٤] شح : شمس الأئمة الحلواني

بها. البحوث العلمية ٣٠٦/٥.

[٧] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[٨] أ : بدنه

[٩] ه : هداية

لأنه فسخ بعد تمام الملك لخلل في المقصود. وهو التردد. فلا يصحّ إلا بقضاء أو رضاء كالفسخ بالعيب. ه[1] حتّى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ. ولو منعه فهلك لم يضمن. وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء. لأنّ قبضه غير مضمون إلا أن يمنعه بعد طلبه. لأنّه تعدى ثمّ إذا رجع بقضاء أو رضاء يكون فسخاً من الأصل حتّى لا يشترط قبض الواهب. ويصحّ في الشائع. لأنّ الهبة وقعت موجبة حقّ الفسخ. فكان الواهب مستوفياً حقّه بالفسخ بخلاف ردّ المبيع بالرضا بسبب العيب. لأنّ الحقّ ثمة في صفة السلامة دون الفسخ.

قال: **وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحقّ فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء.**

يعني إذا لم يعوضه. لأنّه عقد تبرع. فلا يستحقّ السلامة. وهو غير عامل له. والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره.

قال: **وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين.**

لأنه هبة ابتداءً حتّى يبطل الشيوع.

قال: **وإذا تقابضا صحّ العقد. وصار في حكم البيع. يرد بالعيب وخيار الرؤية. وتجب فيه الشفعة.**

لأنه بيع انتهاء. وقال زفر والشافعي في أحد قوليه هو بيع ابتداءً وانتهاءً للمعاوضة. ولنا أن اللفظ لفظ الهبة والمعنى معنى المعاوضة. فينعقد هبة ويتم معاوضة عملاً بالشبهين.

قال: **وأيهما قبض صحّ وتعلق به من الأحكام ما يتعلّق بهما إذا قبضاه.**

قلت[2] قوله تعلق من الأحكام ما يتعلّق بهما إذا قبضا مشكل جداً. لأنّ ما يتعلّق بهما عند التقابض امتناع الرجوع وثبوت الشفعة في الدار الموهوبة والحكم منصوص في سائر الكتب على خلاف هذا. فإنه ذكر في القدوري الكبير والكفاية للبيهقي وتحفة الفقهاء وشرح أبي بكر في هذه المسألة. فإن قبض أحدهما فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض. م[3] وهب داراً على أن يعوضه ألفاً منها ودفع إليه الدار لا أقضي بالشفعة حتّى يدفع إليه الألف. شط[4] وعن محمد لو قبض الهبة لا أقضي بالشفعة حتّى يدفع

---

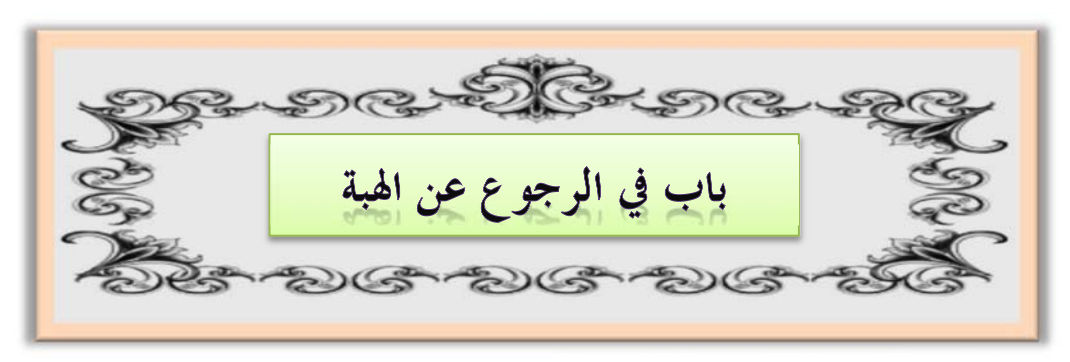
[1] ه : هداية
[2] ف : قال
[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[4] شط : شرح الطحاوي

العوض. م[1] فإن باعها بألفين أجرت البيع وثبت الشفعة بألفين. م[2] وعن أبي يوسف لو قبض أمره بدفع العوض. فإن أبي ردّ الهبة إن كانت قائمة وقيمتها إن كانت هالكة [٢٥٥/ب] فجميع هذا يدلّ على أنه لا يتعلّق بالمقبوض الأحكام التي تتعلّق بهما إذا قبضا فكان فيه نوع مناقضة. لأنّه علق صيرورته في حكم البيع بالتقابض حيث قال فإذا تقابضا صحّ العقد وصار في حكم البيع. فيجب أن لا يصير في حكم البيع قبل التقابض. ويكون حكم العوضين حكم الهبة. ويزيد هذا الإشكال وضوحاً أنه لم يذكر هذه الزيادة فيما ظفرت به من شروح هذا الكتاب كشرح الأقطع وشرح السرخسي وزاد الفقهاء والهداية ونحوها أصلاً. فيحتمل أن تكون هذه الزيادة من جهة النساخ. لكن ذكر صهري الإمام الملهم خاتمة المجتهدين ركن الأئمة الصبّاغي في شرحه لهذا الكتاب الذي لم يظفر بمثله أولو الألباب أن الصواب في مثل هذا أن يحمل على أن فيه روايتان.

---

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد



١٩. ٢ باب في العمرى والرقبى

قال: **والعمري جائزة للمعمر في حياته[١] ولورثة من بعده. والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف جائزة.**

وهو قول الشافعي. لأنّ قوله "داري لك" تمليك وقوله "رقبي" شرط فاسد كالعمري. ولهما « **أن النبي ﷺ أجاز العُمرى وأبطل الرقبي** »[٢] ولأن معنى العمري أن يجعل داره له عمره. فإذا مات يرد عليه. فيصحّ التمليك ويبطل الشرط لما روي « **أنه ﷺ أجاز العمري وأبطل شرط المعمر** »[٣] ومعنى الرقبي عندنا "إن مت قبلك فهو لك." لأنّه من المراقبة. كأنه يراقب موته. وكان تعليق التمليك بالخطر. وإنه باطل. وإذا لم يصحّ عندنا تكون عارية. لأنّه يتضمّن إطلاق المنافع. جت[٤] وأصحابنا يطلقون في الهبة الفاسدة أنها تفيد الملك. وهو الصحيح في المشاع. م[٥] عن أبي يوسف خلافه في المشاع. ولو أعطاه عشرة على أن له منها خمسة فهلكت يضمن الهبة وغيرها. ولو أعطاه خمسة خمسة على حدة على أن له خمسة منها و لم يتبين فخلطها يضمن الهبة لا غيرها. جش[٦] أعطاه تسعة ثلاثة قضاء لحقه وثلاثة هبة وثلاثة صدقة فضاعت جاز القضاء ويضمن الهبة دون الصدقة.

قال: **ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء.**

لأن الاستثناء أنّما يعمل في محلّ يعمل فيه العقد والهبة لا يعمل في الحمل. لأنّه كالوصف لا يقابله شيء من الثمن في أحكام البيوع فكان شرطاً فاسداً. والهبة لا تبطل بالشروط الفاسد.ة والعقود في استثناء الحمل ثلاثة عقد يفسد به البيع. لأنّ الحمل يدخل في البيع فكان استثناؤه شرطاً يخالف مقتضى العقد.

---

١ ف : حال حياته

٢ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٧٢.

٣ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٧٠.

٤ جت : جمع التفاريق للبقالي

٥ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٦ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

ونهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وعقد لا يفسد به كالوصية. لأنّ الوصية بالحمل يصحّ. فصح استثناؤه أيضاً وعقد يصحّ[1] ويبطل استثناء الحمل. وهي الهبة لما مرّ « **أن النبي ﷺ أجاز العمري وأبطل شرط المعمر** »[2] ولأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة. ه[3] وهذا هو الحكم [٢٥٦/أ] في النكاح والخُلع والصلح عن دم العمد. لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة والبيع والإجارة والرهن يبطل بها. ولو أعتق ما في بطنها ثمّ وهبها جاز. ولو دبر ما في بطنها ثمّ وهبها لم يجز لبقاء الحمل على ملكه. فأشبه الاستثناء.

١٩. ٢. ١ فصل في الصدقة

قال: **والصدقة كالهبة لا يصحّ إلا بالقبض. ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة.**

لأنها تبرع كالهبة فيشترط التميز والقبض.

قال: **وإذا تصدق على فقيرين بشيء جاز.**

لأنها لله تعالى وهو يأخذ الصدقات بأيدي الفقراء فجاز كمن وهب لواحد وسلمه إلى وكيله بالقبض

قال: **ولا يصحّ الرجوع في الصدقة بعد القبض.**

لأن الثواب مقصود. وقد حصل. شق[4] وكذا إذا وهب لفقير لحصول الثواب. لأنها صدقة معنى. وكذا إذا تصدق على غني استحساناً. لأنّه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب. شط[5] وهب داراً لرجلين لم يجز خلافهما. وكذا لو تصدق بها عليهما. لأنّ الصدقة للغني هبة. ولو تصدق بها على فقيرين أو وهبها لهما جاز. ص[6] وعن أبي حنيفة لا يجوز فيهما. ولو وهب نصيبه مشاعاً من دار لأجنبي أو لشريكه لم يجز.

قال: **ومن نذر أن يتصدق بماله تصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة.**

والقياس أن يتصدق بجميع[7] أمواله لعمومه. وجه الاستحسان أن اسم المال شرعاً عند ذكر الصدقة يقتصر على الأموال الزكوية. قال تعالى ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم** ﴾[1] ﴿ **والذين في أموالهم حقّ معلوم للسائل والمحروم** ﴾[2]

---

[1] ق : صح
[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ١٧٠/٤.
[3] ه : هداية
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] شط : شرح الطحاوي
[6] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[7] ا : لجميع

قال: **ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع.**

ويروي أنه والأول سواء.

قال: **ويقال له "أمسك منه ما تنفقه على نفسه وعيالك إلى أن تكتسب فإذا اكتسبت مالاً تصدقت بمثله ما أمسكت."**

لأن الملك يملك وهو عام. وإنما يمسك قدرا النفقة دفعا للضرر عنه. ويتصدق بمثله وفاءً بالنذر ببدله كمن أنفق مال الزكاة بعد وجوبها.

١٩. ٢. ٢ فصل في مسائل شتى ك[٣]

وهب ديناً على آخر وأذن في قبضه فقبضه صحّ استحساناً. لأنّه يتعين عند القبض. وقام قبضه بإذنه مقام قبض الواهب ثمّ لنفسه. وإن لم يأذن لا يصحّ وإن قبض بحضرته. لأنّه حال القبض مال المديون لا ماله فلا يصحّ. شس[٤] هبة الدين ممن عليه الذين لا يصحّ إلا بالقبول خلاف زفر بخلاف الإبراء. لأنّ الهبة تمليك. والإبراء إسقاط. وقيل على عكسه. والأول أصحّ. خك[٥] وهب له متاعاً فيه ذهب مصرور بنية الزكاة ثمّ استوهبه منه فوهبه له بعد قبضه. ولو علم الذهب فيه لما وهبه جاز في الحكم. والبيان أفضل. جت[٦] لا يجوز الإقالة في الهبة والصدقة [٢٥٦/ب] في المحارم إلا بالقبض. لأنها هبة. وأطلق أبو يوسف في رواية ابن سماعه خلافه. م[٧] تصدق وسلم ثمّ استقاله فأقاله لم يجز حتّى يقبض. وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه. ولو وهب الدين لابن المديون الصغير لم يجز. لأنّه غير مقبوض. عت[٨] ضربت امرأته حتّى وهبت صداقها و لم يعوضها فالبراءة باطلة. مح[٩] علق البراءة بأمر كائن جاز وهو يتخير. م[١٠] وهب له دراهم ثمّ أرسل بها[١١] إليه فقال الموهوب له للرسول "تصدق بها عليك" أو قال "عني" لم يجز.

---

١ التوبة ١٠٣/٩

٢ المعارج ٢٤/٧٠

٣ ك : الكفاية للبيهقي

٤ شس : شرح السرخسي

٥ خك : خلاصة الأكمل

٦ جت : جمع التفاريق للبقالي

٧ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٨ عت : عمر الترجماني

٩ مح : محسن صاحب التجريد

١٠ م : المنتقى للحاكم الشهيد

١١ أ : لها

ويضمن الرسول للواهب إن فعل. م[1] وهب لأجنبي ما على هذا الرجل فهو باطل إلا أن يكون طلب إليه أن يهبه له أو أن يحلله له أو قال "اجعل ذلك لي" فقال "جعلت أستحسن أن أجعله" برأه عن أبي يوسف. قال لغريمه "أبرئني من مالك عليّ ففعل فقال[2] لا أقبل برئ" جش[3] قال "أبرأتك من هذا العين" ملكه في رواية. ولو قال للمديون "وهبت لك المال" فقال "لا أقبل" عاد عليه المال وعلى كفيله. ولو قال "أبرأتك أيها المديون" فقال "لا أقبل" عاد عليه. وفي الكفيل روايتان. وإن قال للكفيل "أبرأتك" فقال "لا أقبل" لا يعود. وبلفظ الهبة يعود. جت[4] لو قال "أبرأتك على أن تعتق عبدك" أو "أنت برئ على أن يعتقه بإبرائي إياك" فقال "قبلت" فأعتقت لم يبرأ بخلاف قوله "عني أو عليّ أن يطلق امرأتك." وكذا على أن يكلم فلاناً أو تدخل الدار لم يجز. م[5] إذا شرط في البراءة شرطاً لا يصحّ الاعتياض عنه كقولها "على أن تتزوّج عليّ أو على أن يعتق عبده" فقبل جاز وبطل الشرط. وعن ابن سلمة "تركت لك كذا أو نقضت" أبرأ. شس[6] إبراء المديون وهو جاحد للدين برئ. جش[7] الألف التي لي عليه لزيد فقال زيد هو مالي عليه لم يبرأ المديون. وإن قال "مالي عليه شيء برئ."[8] ث[9] قال لامرأته "ابرئيني من مهرك حتّى أهب لك" كذا فأبرأته فأبى الزوج الهبة يعود المهر لفوت رضاها. ولو وهبت له على أن كلّ امرأة يتزوّجها يجعل أمرها بيدها. فإن لم يقبل لا يصحّ. وإن قبل فالهبة ماضية وإن لم يجعل أمرها بيدها. وكذا لو وهبته على أن لا يطلقني فقبل ثمّ طلقها عند أبي بكر الإسكاف وأبي القاسم الصفار. والمختار ما قاله نصير وابن مقاتل أنه يعود المهر. وكذا لو وهبته مهرها على أن يحسن إليها أو يقطع لها ثوباً أو على أن يحج بها ففات الشرط يعود المهر. ولو منعها من أبويها. وقال "لو وهبت لي مهرك بعثتك إليهما" فوهبت له بعض مهرها فبعثها أو لم يبعثها فالهبة باطلة. ث[10] لأنها كالمكرهة. وهبة المكرة باطلة.[11]

---

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[2] أ : - فقال
[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[4] جت : جمع التفاريق للبقالي
[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[6] شس : شرح السرخسي
[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[8] ف : - برئ
[9] ث : أبو الليث
[10] ث : أبو الليث
[11] أ، ف، ق : + والله أعلم.



٢٠ كتاب الوقف

[٢٥٧/أ] الوقف في اللغة الحبس. يقال "وقفت الدابّة" و"أوقفتها" إذا حبستها. وفي الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية.[1] وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى. فيزول ملك الواقف عنه إلى الله على وجه ينتفع به العباد. والأصل في جواز الوقف ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال للنبي عليه السلام إني أصبت أرضاً بخيبر لم أُصب مالاً قط أنفس منه فما تأمرني فقال عليه السلام « **إن شئت حبست أصلها وتصدق بثمرها** »[2] وروي أنه لما قال له أفأتصدق به قال « **تصدّقْ بأصلها لا تُباعُ ولا توهبُ ولا تورثُ ولكن لتُنْفَقْ ثمرها** »[3] فجعلها عمر رضي الله عنه في الفقراء والمساكين.

---

[1] لازمة. المبسوط ٢٧/١٢

[2] مسلم الصحيح "**وصية**" ١٥؛ أبو داود السنن "**وصايا**" ١٣؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٣٦؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٤.

[3] البخاري الصحيح "**وصايا**" ٢٣؛ مسلم الصحيح "**وصية**" ١٥؛ أبو داود السنن "**وصايا**" ١٣؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٣٦؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٤.



٢٠. ١ باب ملك العين الموقوفة

قال: **ولا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة[١] إلا أن يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول "إذا مت فقد وقفت داري على كذا." وقال أبو يوسف يزول الملك بمجرد القول. وقال محمد لا يزول الملك حتّى يجعل للواقف ولياً ويسلمه إليه.**

لمحمد أنه تبرع. والتبرعات لا يتمّ إلا بالقبض كالهبة والصدقة فما لم يجعل له ولياً يسلمه إليه لا يوجد القبض. ولأبي يوسف وهو قول الشافعي أنه إزالة ملكه وإسقاطه من غير بدل. والإسقاط يتمّ بقوله كالطلاق والإعتاق. ولأبي حنيفة وهو قول زفر أن الوقف تبرع بالمنافع فلا يلزم كالإعارة إلا إذا حكم به حاكم فيلحقه بالقطع. ولأنه مجتهد فيه. فينفذ اجتهاده أو تعلقه بموته. فيصير وصيه فيعتبر فيه ما يعتبر في الوصية حتّى اعتبر خروجه من الثلث. هـ[٢] ثمّ قيل المنفعة معدومة. والتصدق بالمعدوم لا يصحّ. فلا يجوز الوقف عنده أصلاً. وهو الملفوظ في الأصل. والأصحّ أنه جائز. لكنّه غير لازم كالعارية. فإن قلت هذا إزالة ملك إلى الله تعالى فيلزم كالمسجد.

قلت لا نسلم بأنه إزالة ملك بل الملك باق فيه. ولهذا يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى. وللواقف ولاية التصرّف فيه وصرف غلاته إلى مصارفه ونصب القوام ولأنه لا يمكن إزالة الملك لا إلى مالك مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق. لأنّه إتلاف وبخلاف المسجد. لأنّه جعله خالصاً لله تعالى. فإن قلت كيف يزول الملك بالحكم أو بالوصية؟ قلت أما بالحكم فلأن زوال الملك إلى الله تعالى كالصدقة مجتهد فيه فيلزم بحكمه. وأما بالتعليق بموته. هـ[٣] فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً كالوصية بالمنافع مؤبداً. هـ[٤] والمراد بالحاكم المولى. وفي الحكم اختلاف [٢٥٧/ب] المشايخ. ولو وقف في مرض موته. قال

---

١ [illegible] تعالى. تبيين الحقائق ٣/٣٢٤.

٢ هـ : هداية

٣ هـ : هداية

٤ هـ : هداية

الطحاوي هو كالوصية بعد الموت. والصحيح أنه لا يلزم عنده. وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث وفي الصحة من جميع المال. ط[1] لو قال "أرضي هذه صدقة محوزة مؤبدة حال حياتي وبعد وفاتي" أو قال "أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حياتي أو بعد وفاتي" أو قال "أرضي هذه صدقة محبوسة مؤبدة" أو قال "حبسه مؤبدة حال حياتي وبعد وفاتي" يصير وقفاً جائزاً لازماً على الفقراء عند الكلّ. ولو لم يقل حال حياتي وبعد وفاتي فهو مختلف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

قال: **وإذا استحقّ الوقف على اختلافهم خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه.**

وفي بعض النسخ وإذا صحّ مكان وإذا استحقّ. لأنّه لو دخل في ملكه لنفذ بيعه كسائر أملاكه ولما توقف. قلت[2] وقوله خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما كما أشار إليه في الهداية وغيرها. وفتاوى أئمة بلخ ومتأخّري مشايخ بخارى وخوارزم بقول[3] أبي يوسف.

قال: **ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف.**

لأن القسمة من تمام القبض. والقبض ليس بشرط عنده فكذا يتمه.

قال: **وقال محمد لا يجوز.**

لأنّ القبض عنده شرط. فكذا ما يتمّ به. هـ[4] وهذا فيما يحتمل القسمة. وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضاً. لأنّه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة. فإنه لا يتمّ مع الشيوع. وفيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف. لأنّ بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى. ولأن المهايأة[5] فيهما في غاية القبح بأن يقبر ويصلي فيه سنة ويزرع ويتخذ إصطبلاً سنة بخلاف الوقف لإمكان الاشتغال وقسمة الغلة. ولو وقف الكلّ ثمّ استحقّ بعضه بطل في الباقي عند محمد. لأنّ الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب أو وقف في مرضه. لأنّ الشيوع فيه طاري. ولو استحقّ بعضه متميزاً لم يبطل في الباقي وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة.

---

[1] ط : المحيط
[2] ف : قال
[3] ق : يقول
[4] ه : هداية
[5] هي قسمة المنافع على التّعاقب والتّناوب. التعريفات ٣٠٣.

٢٠. ١. ١ فصل في التأبيد

قال: **ولا يتمّ الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتّى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً. وقال أبو يوسف إذا سمّى فيه جهة تنقطع جاز. وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم.**

لأن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى. والتقرب تارة قد[١] تكون بالصرف إلى جهة ينقطع وأخرى إلى جهة يتأبد فيصحّ في الوجهين. ولهما أن موجبه زوال الملك بدون التملك. وإنه يتأبد كالعتق. فإذا توهم انقطاع الجهة. لا يتوفر عليه مقتضاه. ولهذا يبطل بالتوقيت كالبيع. قلت[٢] ولو زيد [٢٥٨/أ] في التعليل بأن موجبه زوال الملك الممكن من جميع التصرفات كان مطرداً على المذهبين. لأنّ عند أبي حنيفة لا يزول أصل الملك فكان حسناً. وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع لكن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد. لأنّ لفظة الوقف والصدقة منبئ عنه لما بيّنا أنه كالعتق. وإذا تأبد صار للفقراء. لأنّ مصرف[٣] الصدقة الفقراء. **جش**[٤] **شس**[٥] أرضي موقوفة فهو باطل بالإجماع. **ث**[٦] أرضي موقوفة أو وقف وجعلته وقفاً على الفقراء عند أبي يوسف. **م**[٧] مثله وبه أفتى مشايخ بلخ ونفتي به أيضاً. **بط**[٨] لو قال أرضي هذه محرمة أو حرمتها أو محبوسة أو حبستها أو هذه محرمة موقوفة حبيس لا يباع ولا يوهب ولا يورث فعلى الخلاف. ولو قال "أرضي هذه صدقة موقوفة أو وقف أو صدقة محرمة أو محبوسة صدقة" فوقف بلا خلاف. وهذا إذا لم يعيّن إنساناً. فإن عين وقال "وقفت أرضي هذه على فلان أو داري هذه موقوفة عليه أو على أولاده أو قرابته وهم يحصون" لا يجوز فرق أبو يوسف فيما إذا ذكر لفظ الوقف دون الصدقة بينما إذا عين إنساناً وبين ما إذا لم يعيّن. أما إذا ذكر لفظ الصدقة معه فقال "أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان أو على ولده" كان وقفاً والغلة له ما دام[٩] حياً. فإذا مات فعنه روايتان. في رواية تصرف إلى الفقراء. وفي رواية يعود إلى الواقف وورثته. **خك**[١٠] **قخ**[١١] وكذا لو قال "أرضي هذه صدقة موقوفة على وجه البراء" وقال "موقوفة على وجه الخير" أو "وجوه الخير والبر" فوقف صحيح على الفقراء. ولو قال "أرضي هذه موقوفة على الجهاد"

---

١ أ، ف، ق : - قد
٢ ف : قال
٣ ف :- مصرف
٤ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
٥ شس : شرح السرخسي
٦ ث : أبو الليث
٧ م : المنتقى للحاكم الشهيد
٨ بط : بحر محيط
٩ ف : كان
١٠ خك : خلاصة الأكمل
١١ قخ : قاضي خان

أو في الجهاد أو في الغزو أو في أكفان الموتى أو في حفر القبور أو غيرها مما يتأبد فوقف على ذلك السبيل. **فج**[1] متى ذكر موضع الحاجة على وجه يتأبد يكفيه عن ذكر الصدقة. وكذا على[2] أبناء السبيل والزمني ويكون للفقراء منهم. وفي شروط محمد بن مقاتل يجوز الوقف على رجل بعينه. فإذا مات يعود إلى ورثة الواقف. وفي البرامكة يجوز. لكن إذا مات فللفقراء. وفي وقف الخصاف هذه صدقة موقوفة على فلان وولده وولد ولده. فإذا سمّى ثلاثة أبطن فوقف مؤبداً إلى القيمة وفي بطنين لا في وقف هلال هذه موقوفة لله أو لله أبداً أو لوجه الله أو لطلب ثوابه فوقف على المساكين. ولو قال "أرضي هذه صدقة عليّ أو جعلتها صدقة فنذر يتصدق بعينها أو ببيعها فيتصدق بثمنها. وإن عين إنساناً فهو[3] صدقة عليه بطريق التمليك لا يتمّ إلا بالتسليم. [٢٥٨/ب] ولو قال "جعلت أرضي هذه للفقراء" أو قال "جعلتها للسبيل" فوقف إن تعارفوا هذا اللفظ وقفاً وإلا ينوي. فإن نوى الوقف فوقف وإلا فنذر يتصدق بعينها أو بثمنها. **ط**[4] لو قال "اشتروا من غلة داري هذه كلّ شهر بعشرة دراهم خبزاً وفرقوه على المساكين" أو قال "جعلت نزل كرمي وقفاً" وفيه تمر أو لا أو قال "جعلت غلة كرمي وقفاً" صار الدار والكرم وقفاً.

قال: **ويصحّ وقف العقار.**

لحديث عمر ﵁ وجماعة من الصحابة وقفوه.

قال: **ولا يجوز وقف ما ينقل ويحوّل.**

لأنه لا يتأبد. وهذا على الإطلاق قول أبي حنيفة.

قال: **قال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيد جاز.**

وهو قول محمد. وكذا سائر آلات الحراثة. لأنه تبقى للأرض في تحصيل ما هو المقصود من وقفها وجاز إن ثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف.

قال: **قال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح.**

معناه وقفه في سبيل الله. **هـ**[5] وأبو يوسف معه فيه على ما قالوه. وهو استحسان. ولا يجوز قياساً. لأنّه لا يتأبد. وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه. منها قوله ﷺ. وأما خالد ﵁ فقد حبس أدرعاً له في سبيل الله وطلحة ﵁ حبس درعه في سبيل الله. وروي أكراعه والكراع الخيل. ويدخل في حكمه

---

[1] فج : الفتاوى ابو جعفر
[2] أ : في
[3] ف : - فهو
[4] ط : المحيط
[5] ه : هداية

الإبل. لأنّ الأعراب يجاهدون عليها. وكذا السلاح يحمل عليها. ط[1] والمراد من الكراع الخيل والحمير والبغال والإبل والثيران[2] التي يحمل عليها. والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معداً للقتال. وعن محمد أنه يجوز. وقيل ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف خلاف أبي يوسف أخذاً بالقياس.[3] وعند محمد يترك القياس بالتعامل كالاستصناع. وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً بالمصحف. وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد. وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا. وقال الشافعي كلّ ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله. ويجوز بيعه يجوز وقفه اعتباراً بالعقار والكراع والسلاح. ولنا أنه لا يتأبد فأشبه الدراهم والدنانير ولا معارض من حيث السمع والتعامل فبقى على أصل القياس. شس[4] للسير الكبير وقف المنقول جائز عند محمد جرى العرف به أو لم يجز. وعند أبي يوسف وقف المنقول باطل إلا ما جرى العرف به. وفي وقف هلال وقف البناء أو الكردار أو الشجر في ملكه دون الأصل لا يجوز. وهو المختار. وفي الأرض الموقوفة إلى جهة أخرى اختلاف المشايخ. وإن وقفت [٢٥٩/أ] البناء على عين تلك الجهة التي أصله موقوف عليه جاز بالاتّفاق. جت[5] وقف البناء في أرض ملكه جاز عند البعض.

قال: **وإذا صحّ الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن تكون مشاعاً عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصحّ مقاسمته.**

أما إمتناع التمليك فلما مرّ. وأما جواز القسمة فلأنها تميز وإفراز من وجه ومبادلة في عين المكيل والموزون من وجه فرجحنا الإفراز نظراً للوقف فلم يكن تمليكاً فجاز. ه[6] ثمّ إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو للذي يقاسم شريكه. لأنّ الولاية إلى الواقف وبعد موته إلى وصيه. وإن وقف نصف عقار له يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثمّ يقاسم المشتري ثمّ يشتري ذلك منه. لأنّ الواقف لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً. ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز. لأنّه تبع[7] الوقف. وإن أعطى تجوز.

[illegible] والمصاحف والكتب وعند أبي يوسف لا يجوز وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد. الجوهرة النيرة ٣/٣٠١.

٤ شس : شرح السرخسي

٥ جت : جمع التفاريق للبقالي

٦ ه : هداية

٧ ف : بيع

قال: **والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط.**[1]

لأن غرض الواقف تأبيده. ولا يبقى مؤبداً إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء. ولأن « **الخراج بالضمان** »[2] فصار كنفقة العبد الموصى له بخدمته حيث يجب على الموصى له. ثمّ الوقف إن كان على الفقراء لا يظفر بهم. وهذه الغلة أقرب أموالهم فتجب فيها. ولو كان الوقف على رجل بعينه يجب في ماله. لأنّه معين يمكن مطالبته. هـ[3] ثمّ إنّما تستحقّ العمارة بقدر ما بقى الوقف على الصفة التي وقفه دون الزيادة. وإن خرب يُبنى على تلك الصفة دون الزيادة. وقيل إذا كان الوقف على الفقراء يجوز الزيادة. والأصحّ عدمه. ط[4] زيادة العمارة ليستزيد غلته يجوز. وقيل لا. والإجارة للعمارة استحسان. والقياس أن يترك كذلك.

قال: **فإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى.**

كنفقة العبد الموصى بخدمته ولأن « **الخراج بالضمان** »[5] على ما مرّ.

قال: **فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها. فإذا عمرت ردها إلى من له السكنى.**

رعاية لحق الواقف وحق صاحب السكنى. لأنّه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً. ولا يجبر الممتنع على العمارة. لأنّ فيه إتلاف ما له لمنفعة. فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة. ولا يصحّ إجارة من له السكنى لعدم الولاية. ط[6] قطعة من أرض الوقف سبخة[7] لا تثبت شيئاً إلا بإزالة وجهها.[8] فللقيم أن يبدأ من غلة جملة الأرض لمؤنة إصلاح تلك القطعة. ولو كان فيها نخل فخاف هلاكها فله أن يشتري فضيلاً من

---

[1] ف : أو لم يشرط

[2] أبو داود السنن "**بيوع**" ٧١؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ١٥؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٤٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/٤٩.

[3] هـ : هداية

[4] ط : المحيط

[5] أبو داود السنن "**بيوع**" ٧١؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ١٥؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٤٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/٤٩.

[6] ط : المحيط

[7] السبخة محركة ومسكنة أرض ذات نز وملح ج سباخ. القاموس المحيط

[8] [illegible] والعمل. الفتاوى الهندية ٢/٤٠١.

غلتها فيغرسها وله أن يبني فيها قرية لتكثير أهلها [٢٥٩/ب] وحفاظها[1] كالخان الموقوف يحتاج إلى خادم لكنسه وفتح بابه وسده فسلم المتولّي بعض بيوته إلى رجل بطريق الأجرة له ليقوم بذلك فهو جائز. ولو بنى في أرض الوقف يغلها بالإجارة جاز إذا كانت غلتها أكثر من الزراعة. وإلا فلا. وعن محمد إذا ضعفت أرض الوقف عن الاشتغال ويجد بثمنها أخرى أكثر[2] ريعا فله بيعها وشراء الأخرى.[3] **بط**[4] ولو كان الوقف على جماعة فرض البعض بعمارته من ماله وأبى الباقون عمر حصته ويؤجر حصص الباقين فتعمر بغلتها من انتهت إليه نوبة السكنى. رمّ[5] بناءه بالآجر والجص وأدخله فيه جذاعاً يتعذر نزعها صيانة للوقف ومات وانتهت النوبة إلى غيره يضمن قيمتها لورثة المسترم.[6] وإن أبى يؤاجر فيقضي كمن رمّ[7] دار غيره بغير إذنه. وإن رمّه بالتجصيص أو تطين السطوح ليس لورثة المسترم أن يرجع عليه بشيء كمن اشترى داراً وجصصها وطين سطوحها ثمّ استحقت لا يرجع على البائع بقيمة الجص والطين. وإنما يرجع بقيمة ما يمكنه أن يهدمه ويسلمه له. **ط**[8] مستأجر حانوت الوقف بنى فيه بغير إذن القيم لا يرجع عليه. ويرفع بناءه إن لم يضرّ بالوقف. وإلا يتملّكه القيم بأقل القيمتين منزوعاً وغير منزوع. فإن أبى الباني يتربص إلى أن يخلص ماله. **بط**[9] **بخ**[10] متولى وقف بنى في عرصته بناءً أو غرس من مال الوقف فهو للوقف. وإن بناه أو غرس من ماله فهو للوقف إلا إذا أشهد أنه فعله لنفسه بخلاف الأجنبي. فإنه يكون له إلا إذا بناه للوقف والغرس في المسجد للمسجد في حقّ الكلّ. مستأجر الوقف يبني غرفة على الحانوت إن لم يضرّ بأصله. ويزيد في أجرته أو لا يستأجر إلا بالغرفة يجوز. وإلا فلا.

ريعا. البحر الرائق ٢٢٣/٥.

[4] بط : بحر محيط

[5] رم الشيء يرمه بضم الراء وكسرها رما و مرمة أصلحه و رمه أيضا أكله. الجوهري الصحاح

إليه. البحر الرائق ٢٣٤/٥.

[7] ف : دم

[8] ط : المحيط

[9] بط : بحر محيط

[10] بخ : بكر خواهر زاده

قال: **وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارته إن احتاج. وإن استغنى عنه أمسكه حتّى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيها.**

لأنه لا بدّ من العمارة ليتأبد فيحصل عرض الواقف. فإن احتيج إليه صرفها فيها. وإلا أمسكها حتّى لا يتعذر عليه أوان الحاجة.[1] هـ[2] وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرقة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل. بط[3]

قال: **ولا يجوز أن يقسمه بين مستحقّي الوقف.**

لأنّ حقهم في المنافع دون العين. فإنها حقّ لله تعالى خرِب الوقف فأراد قيمة أن يبيع بعضه ليرم الباقي لم يجز.[4] وليس هذا كبيع نقضه أو نخله سقطت. وبيع بعض البناء أو نخلة حية لمرمّة الباقي باطل. فتاوى الفضلي أشجار الوقف إذا كانت مثمرة لا يجوز بيعها قبل القلع. وإلا فيجوز. ولو انهار بعض المسجد تعذر إعادته إليه فباع أهل المسجد [٢٦٠/أ] النقض جاز. وتصرف ثمنه إلى عمارته.

قال: **وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف.**

أما الغلة فقول أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد. وبه الشافعي. وهلاك الدار هـ[5] قبل الخلاف بناء على اشتراط القبض والإفراز. وقيل هي مسألة مبتدأة. والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته سواء. ولو شرط الكلّ أو البعض لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء. فإذا ماتوا فللفقراء. فقيل يجوز بالاتّفاق. وقيل على الخلاف. وهو الأوضح. لأنّ اشتراطه لهن في حياته كاشتراطه لنفسه لمحمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك. والتمليك من نفسه لا يتحقّق كالصدقة المنفذة. وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه. ولأبي يوسف ما روى « **أنه ﷺ كان يأكل صدقته** »[6] والمراد منها صدقته الموقوفة. ولا يحلّ الأكل منه إلا بالشرط. فدلّ على صحته. ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة لما مرّ. فإذا شرط لنفسه فقد جعل ملك الله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه. وإنه يجوز كما لو بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن يترل هو أو يشرب منه أو تدفن فيه ولأن الوقف

[illegible] الحاجة. تبيين الحقائق [illegible]

[illegible] جاز. البحر الرائق ٣٨٧/١٤.

[5] ه : هداية

[6] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٧٩/٣ بيفظ "لحديث الرابع روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته قال المصنف والمراد وقفه"

صدقة. وقال ﷺ « **نفقة المرء على نفسه وعلى عياله صدقة** »[1] ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف. وعند محمد الوقف جائز والشرط[2] باطل. ولو شرط الخيار في الوقف لنفسه ثلاثة أيام جاز الشرط والوقف عند أبي يوسف. وأما فصل الولاية فقد نصّ فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال. وهو ظاهر المذهب. وفي وقف هلال والخصاف وقف أرضه و لم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره جاز والولاية له. وقال قوم إن شرط الولاية لنفسه فله. وإلا فلا. قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد. ط[3] لو شرط الولاية في الوقف لنفسه فعند أبي يوسف هما صحيحان. وعند محمد وهلال هما باطلان. لأنّ التسليم إلى القيمة عنده شرط. فإذا سلّم لم يبق ولايته. ولنا أن المتولّي إنّما يستفيد الولاية من جهته بشرطه. ويستحيل إثبات ولاية من لا ولاية له. ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته كمن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته وقناديله وحصره ونصب المؤذن فيه. هـ[4] لو شرط الولاية لنفسه وهو متهم على الوقف ينزعها القاضي من يده نظراً للفقراء كنزع وصي الميت نظراً للصغار. وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان ولا قاض [٢٦٠/ب] أن يخرجها من يده ويوليها غيره. لأنّه شرط يخالف حكم الشرع فبطل. بط[5] شرط ولاية عزل وليه لنفسه فله ذلك. وإن لم يشترط فكذلك عند أبي يوسف خلاف محمد وفيه. ولو شرط الواقف أن لا يكون له عزل القيم فهو باطل. وله العزل. ولو جعل إليه الولاية في حياته وبعد وفاته أو قال "وكلتك بصدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي" فهو وكيل في حياته وصي بعد موته. ولو لم يول حتّى حضره الموت فقال لرجل أنت وصيي و لم يرد فهو وصي في ولده وماله والوقف. ولو أوصى إليه في الوقف خاصّة فهو وصي الأشياء كلّها عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد فيما خص له. ولو أوصى إلى أحدهما في الوقف وإلى آخر في ولده فهما وصيان فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو نصبه قيماً في حياته وبعد وفاته وأوصى إلى آخر فعن محمد أنه يشارك الوصي القيم في أمر الوقف. ولو جعل ولاية الوقف بعد وفاته إلى رجلين فقبل أحدهما دون الآخر نصب القاضي معه من يقوم مقام الأبي.[6] ولو قال ولايته للأفضل فالأفضل من ولدي وأبى الأفضل فالولاية لمن يليه استحساناً. ولو وليَّ القاضي الأفضل ثمّ حدث في ولده أفضل منه فالولاية إليه. ولو استويا وأحدهما أورع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أُومن خيانته. ولو ولي عمراً حتّى يقدم زيد فقدم فهما وليان عند أبي حنيفة. ولو مات قيمة

---

[1] الدارقطني السنن ٢٨/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٤٢/١٠.

[2] ف : - جائز والشرط

جائز. المحيط البرهاني ٧٣٥/٥.

فالنصب. وفي السير الكبير قال محمد النصب للقاضي. شس[1] مات القيم بعد الواقف وأوصى إلى غيره نزل منزلته وإن لم يوص نصب القاضي قيماً. ولا يجعل القيم أجنبياً ما دام يوجد من ولد الواقف وأهل بيته من يصلح لذلك. وإلا فهو أجنبي ثمّ إذا تأهل منهم ففي عوده إليه اختلاف المشايخ. ويجوز للمتولّي أن يفوض عند الموت إلى غيره. ولا يجوز في حياته وصحته إلا إذا فوض إليه.

٢٠. ١. ٢ فصل لما اختص المسجد

قال: **وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتّى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس الصلاة فيه.**

وفي بعض النسخ يفرزه. أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به. وأما الصلاة فلأنه لا بدّ من التسليم عندهما.

قال: **فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف يزول ملكه عنه بقوله "جعلتها مسجداً."**

لما مرّ أنه إسقاط عنده كالإعتاق وعندهما يشترط تسليم نوعه. وذلك في المسجد بالصلاة. ولأنه يقام حصول المقصود مقام التسليم. ويكتفى بصلاة الواحد في رواية عند[2] أبي حنيفة ومحمد. لأنّه تعذر الجنس فتشترط أدناه. وعن محمد أن يشترط الجماعة. [٢٦١/أ] لأنّه يبنى لذلك غالباً. ولو جعل تحته سرداب[3] لمصالح المسجد جاز. ولو اتخذ مسجداً تحته سِرداب أو فوقه بيت وعزله عن ملكه بطريقه فله البيع وعنه إذا جعل السفل مسجداً وفوقه مسكن فمسجد. وعن محمد عكسه. وعن أبي يوسف لما دخل بغداد ومحمد الريّ جوزا ذلك كله. ولو اتخذ وسط داره مسجداً فليس بمسجد وعنهما أنه مسجد ودخل الطريق فيه حكماً. ه[4] ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف. لأنّه إسقاط عنده. فلا يعود كالإعتاق. وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو وارثه. لأنّه تبرع بقربة وقد انقطعت. وفي الشروط الخالدية ذكر قول أبي حنيفة مع محمد. وكذا حصره وحشيشه. وعند أبي يوسف ينقل إلى مسجد آخر. بط[5] للقاضي أن ينصب قيماً على غلات المسجد بأجر مثله. وإن لم يشترط الواقف وللقيم أن يفرش الآخر فيه من أوقافه. وله أن يشتري الخضر والدهن إذا قال الواقف يفعل ما يرى القيم وإن جعله للعمارة وإن لم

---

[1] شس : شرح السرخسي

[2] ق : عن

[3] السرداب غرفة تحت الأرض. وهناك الكثير من البيوت العربية التقليدية مزودة بسرداب، خصوصا لدى الأثرياء. يوجد نوعان من السراديب، السرداب العلوي وهو تحت البيت وله شبابيك عند السقف تطل على الصحن والسرداب السفلي أو القبو وهو تحت الأرض تماما.

[4] ه : هداية

[5] بط : بحر محيط

يعلم بعمل بما وجد قبله. خك[1] اشترى بساطاً نفيساً للمسجد يمكن الاكتفاء بما دونه إذا استغنى المسجد عن عمارته جاز. ولا يكره. جت[2] وفي الحصير والدهن والإمام والمؤذن هل هي من مصالح المسجد اختلاف المشايخ. والمراوح ليست من مصالحه. وعن الوبري لا بأس بأن يعين شيء من المصالح للإمام. عك[3] وأنا أقول لا يجوز. خك[4] يجوز صرف مسبّلات المسجد إلى اللبود والبواري واستئجار خادم لخدمة المسجد أو عمل من أعماله دون الإمام والمؤذن. ط[5] إمام أخذ غلة المسجد وقت الإدراك وانتقل إلى آخر لا يسترد منه حصته ما بقي من السنة كقاض مات في خلال السنة. وقد أخذ رزقها. ويحل له حصة ما بقي من السنة إذا كان فقيراً. وهكذا الحكم في طلبة العلم في المدارس. بط[6] لا يجوز لقيم المسجد أن يبني حوانيت في حذاء المسجد وفنائه. مت[7] خج[8] قيم يبيح فناء المسجد ليتجر فيه القوم أو يضع فيه[9] سريراً يؤجرها ليتجر فيها الناس فلا بأس به إذا كان لصلاح المسجد. وتعذر المستأجر إن شاء الله إذا لم يكن ممر العامة وفناء المسجد ظلة بابه إذا لم يكن ممر العامة. ولا يجوز صرف تلك الأجرة إلى نفسه أو الإمام. بل يتصدق به على الفقراء لا بأس للقيم أن يخلط غلة أوقاف المسجد المختلفة اتحد الواقف.[10] واختلف شح[11] عن مشايخ بلخ مسجد له أوقاف ولا قيم فيه فجمع بعض أهل محلة غلاتها وأنفقها في حصره ودهنه وحشيشه لم يضمن ديانة استحساناً. ولو ثبت [٢٦١/ب] عند الحاكم ضمنه وفي تولية أهل المحلة قيماً على أوقافه بدون إذن القاضي اختلاف المشايخ في فتاوى الفضلي. وأفتى مشايخنا المتقدمون أنه يصير متولّياً ثمّ اتفق المتأخّرون. وأستاذنا أن الأفضل أن ينصبوه متولّياً ولا يعلموا به القاضي في زماننا لطمع القضاة في أموال الأوقاف. ن[12] ث[13] تنازع أهل المحلة والباني في عمارته أو نصب المؤذن أو الإمام فالأصحّ أن الباني به أولى إلا أن نريد القوم ما هو أصلح منه. وقيل الباني بالمؤذن أولى وإن كان فاسقا بخلاف الإمام. جش[14] الباني أحقّ بالإمامة والأذان وولده من بعده وعشيرته أولى بذلك من غيرهم. وفي المجرد عن أبي حنيفة أن

---

[1] خك : خلاصة الأكمل
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] عك : علاء عين الأئمة الكرابيسي
[4] خك : خلاصة الأكمل
[5] ط : المحيط
[6] بط : بحر محيط
[7] مت : مجد الأئمة الترجماني
[8] خج : خجندي
[9] أ : - فيه
[10] أ : الوقف
[11] شح : شمس الأئمة الحلواني
[12] ن : النوازل
[13] ث : أبو الليث
[14] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

الباني أولى بجميع مصالح المسجد ونصب الإمام والمؤذن إذا تأهل للإمامة. ث[1] عن أبي القاسم أراد أهل المحلة أن يجعلوا الرحبة مسجداً أو على عكسه أو يحدثوا له باباً أو يحوّلوه[2] لا بأس به إذا اجتمع أكثرهم وأفضلهم عليه بيع وقف المسجد لعمارته لا يجوز بإذن القاضي. ولو اشتروه بغلات المسجد يجوز بيعهم لعمارته بلا خلاف على الأصح.

٣ . ١ . ٢٠ فصل في السقايات والخانات في الرباطات والمقابر

قال: **ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً ليسكنه بنوا السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك عند أبي حنيفة حتّى يحكم به الحاكم. وقال أبو يوسف يزول ملكه بالقول.**

ووجههما قد مر.

قال: **وقال محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك.**

لأنّ التسليم عنده شرط. والشرط تسليم نوعه. وذلك بما ذكر ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس. هـ[3] وعلى هذا البئر والحوض. ولو سلّم إلى المتولّي صحّ التسليم في هذه الوجوه. لأنّه نائب عنهم. وفي المسجد اختلاف المشايخ. وقيل المقبرة كالمسجد. لأنّه لا متولّي له عرفاً. وقيل بمنزلة السقاية والخان. ولهذا لو نصب المتولّي صحّ. وإن لم يكن عادة فيصحّ التسليم إليه. ك[4] ولو رجع في المقبرة بعد الدفن عند أبي حنيفة لم ينبشها[5] ويبني ويزرع هكذا. لأنّ النبش حرام. ولو جعل داره بمكة لحجاج بيت الله والمعتمرين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنا للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفعها إلى وال يقوم عليه فهو جائز. ولا رجوع فيها لما بيّنّا إلا أن الغلة يحلّ للفقراء دون الأغنياء. وما سواها من سكنى الخان والرباط والاستقاء من البئر والسقاية وغيرها يستوي فيه الفقير والغني. لأنّ الواقف يريد بالغلة الفقراء أو بغيرها التسوية بينهم. لأنّ الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول. [٢٦٢/أ] بط[6] اتخذ مشرعة أو مكتبة لا يتمّ حتّى يشرع فيها إنسان أو يقرأ فيها الصبيان. وقال أبو يوسف الإشهاد في ذلك كله يكفي. ولا بأس أن يشرب من الحوض والبئر ويسقي دوابه ويتوضأ منه. وفي التوضئ من السقاية إذا

---

[1] ث : أبو الليث

[2] ف : يحوّله

[3] ه : هداية

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] النبش إبراز المستور وكشف الشيء عن الشيء ومنه النباش وحرفته النباشة يقال نبش الشيء نبشا إذا استخرجه بعد الدفن ونبش الموتى استخراجهم. تاج العروس ٣٩٧/١٧.

[6] بط : بحر محيط

اتخذها للشرب اختلاف المشايخ. وإذا اتخذها للوضوء لا يجوز الشرب منه بالإجماع. **بط**[1] **قص**[2] وفي الاستقاء من السقاية وسقي الدوابّ اختلاف. والأصحّ أنها لا يجوز إلا الاستقاء للشرب إذا كان قليلاً. لأنّه في معنى الشرب. والأصحّ عدم جواز أخذ الجمد إلى بيته. لأنّ الجمد للتبريد ماء السقاية لا للأخذ. وقال محمد في الدار لسكنى الغزاة والمرابطين والرباط والخان إذا احتاج إلى المرمة يواجر منها بيتاً أو بيتين أو ناحية فينفق من غلتها في عمارته وعنه أنه يترله الناس سنة ويواجر سنة ويرم من أجرته. ولو حبس فرساً ينفق عليه المجاهد. فإذا فرغ يواجر وينفق عليه من أجرته. **م**[3] فإن تعذر ذلك[4] بيعه الإمام ويوقف ثمنه لوقت الحاجة فيشتري به فرساً ويفدا عليه. **جش**[5] مصحف وقف بخرق وعليه فضة يبيع القاضي المصحف مع الفضة ويشتري بثمنه مصحفاً آخر يقوم مقامه. قال الناطفي قياسه في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته. **بط**[6]

مقبرة للمشركين أراد أن يتخذها مقبرة للمسلمين لا بأس به إن كانت قد اندرست آثارهم. فإن بقي شيء من عظامهم ينبش ويقبر ثمّ[7] يجعل مقبرة للمسلمين. فإن موضع مسجد رسول الله ﷺ كان مقبرة للمشركين فنبشه واتخذه مسجداً. ولا يجوز نبش الميت إلا لعذر بأن يظهر أن الأرض مغصوبة أو أخذت بالشفعة. ولو كان له دار أراد أن يجعلها رباطاً أو يبيعها ويتصدق بثمنها أو يشتري بها عبداً فيعتقه أيها[8] أفضل. قال علي بن أحمد الرباط أفضل. لأنّ منفعته أدوم. وقال **ث**[9] إذا جعل العمارة الرباط وقفاً فهو أفضل. وإلا فالتصدق بثمنها أفضل دون الإعتاق. **ن**[10] عن أبي بكر التصدق بثمن الدار أفضل من وقفها بخلاف الضيعة فوقفها أفضل. **شب**[11] استغنى عن مسجد لا يجوز اتخاذه مقبرة. وإن لم يبق أثر في المقبرة عظم ولا غيره لا يجوز زراعتها. ولو وقف أرضاً على المقبرة أو على صوفي خانه بشرائطه لا يصحّ. ولو حفر قبراً في أرض مباح ودفن فيه غيره لا ينبش وعليه قيمة الحفر. وفي المملوك يخير إن شاء أمر بإخراجه. وإن شاء سواها وزرعها. ولو اتخذ أرضه أو داره مقبرة لا يدخل في وقفه الشجر والبناء ولورثته بيعها. ولا يدخل موضع الشجر والبناء لشغله. [٢٦٢/ب] ولو وقف شجرة أو مشجرة بأصلها جاز وأن ينسب

---

١ بط : بحر محيط
٢ قص : قاضي صدر
٣ م : المنتقى للحاكم الشهيد
٤ أ : – ذلك
٥ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
٦ بط : بحر محيط
٧ ف : – ثم
٨ ف : أنها
٩ ث : أبو الليث
١٠ ن : النوازل
١١ شب : شرح بكر خواهر زاده

منها بقطع الناس ويترك الباقي في شروط[1] أبي نصر الدبوسي جعل الوقف على شراء الخبز والثياب. والتصدق بها على الفقراء يجوز عندي أن يتصدق بعين غلة الدار والعقار والحبوب. لأنّ القربة في الصدقة لا في غيره. ولو[2] جعلها إلى شراء ثياب طلبة العلم أو المداد والكواعد والكتب. لأنها صدقة تمليك. ولو جعلها إلى شراء فرس يجاهد به أو شراء نسمة يعتق أو شاة يضحي بها لم يجز التصدق بغلتها ويلزم الشرط. قرية خربت وفي بئرها آجر أو قنطرة خربت أو رباط خرب واستغني عنها فآجرها وخشبها وأوقافها عند محمد تعود إلى الواقف أو ورثته. وإن لم يعرف له وارث فهو كاللقطة يتصدق بها على الفقراء. وعند أبي يوسف يصرف إلى أقرب مصرف من جنس ذلك الوقف فوقف الرباط إلى الرباط والبئر إليها أو الحوض ونحو ذلك. وأكثر المشايخ على قول أبي يوسف. ث[3] حانوت وقف أو رباط أو منزل أحرق وصار بحال لا ينتفع به بطل الوقف وعاد إلى المالك.[4]

---

[1] ف : الشرط

[2] أ، ف، ق : وكذا لو

[3] ث : أبو الليث

[4] أ، ف، ق : + والله أعلم.





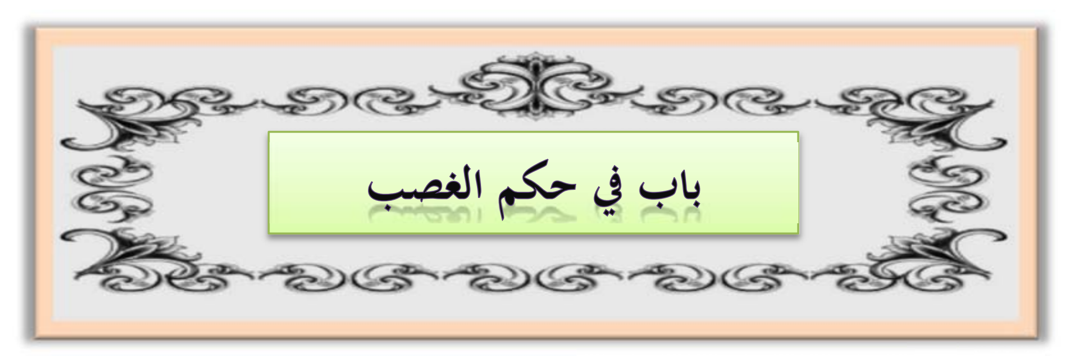
٢١ كتاب الغصب

الغصب[1] لغة أخذ الشيء من الغير على وجه التغلب للاستعمال. وشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن مالكه على وجه يزيل يده حتّى كان استخدام العبد وحمل الدابّة غصباً دون الجلوس على البساط في الدار. ثمّ إن كان عالماً به يأثم ويغرم لقوله ﷺ « **حرمة مال المسلم كحرمة دمه** »[2] وإلا فيغرم وإلا يأثم لقوله ﷺ « **رُفع عن أمتي الخطأُ والنسيان وما استكرهوا عليه** »[3]

[1] [illegible] هذا. المبسوط ٤٩/١١.

[2] الديلمي ١٤٣/٢ ، رقم ٢٧٢٧؛ الهيثمي مجمع الزوائد ٣٠٤/٤.

[3] ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٦؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٨٢/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٨٤/٦؛ الطبراني "**الأوسط**" ٩٧/٢ بلفظ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"



٢١. ١ باب في حكم الغصب

قال: **ومن غصب شيئاً له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله. وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته.**

أما في المثليات فلقوله تعالى ﴿ **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[١] ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أولى. فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة. لأنّ بالقضاء ينتقل من المثل إلى القيمة. وقال أبو يوسف يوم الغصب. لأنّ المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له. وقال محمد يوم الانقطاع. لأنّ الواجب هو المثل في الذمة. وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانتقال. وأما في ما لا مثل له فلأن القيمة أعدل. والأصل فيه ما روي « **أن النبي ﷺ قضى على من أعتق عبداً مشتركاً بقيمته نصيب الذي لم يعتق** »[٢] فصار أصلاً في ضمان المستهلكات. **ك**[٣] **ه**[٤] والعددي المتقارب كالجوز والبيض كالمكيل يضمن بالمثل عندنا خلافاً لزفر. وفي البُر المخلوط بالشعير [٢٦٣/أ] القيمة. لأنّه لا مثل له. **شس**[٥] المخلوط عند اختلاف الجنس مضمون بالقيمة. وكذا الحفنة يعني من المكيلات. لأنها ليست من ذوات الأمثال. لأنها لا يكال.

قلت وكذا كلّ مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقرة أخرت في العراق. فألقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون في الماء يضمن قيمتها ساعدا. **بط**[٦] **فض**[٧] وقوله فيمن لتّ سويق غيره بسمنه إن شاء ضمنه قيمة سويقه يدلّ على أن كلّ مكيل وموزون لا يكون مثلياً.

---

[١] البقرة ١٩٤/٢

[٢] البخاري الصحيح "**شركة**" ١٤؛ مسلم الصحيح "**عتق**" ٦؛ أبو داود السنن "**عتق**" ٥؛ ابن ماجه السنن "**عتق**" ١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٨٣/١٠؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٩٢/٣.

[٣] ك : الكفاية للبيهقي

[٤] ه : هداية

[٥] شس : شرح السرخسي

[٦] بط : بحر محيط

[٧] فض : فتاوى فضيلي

وكذا العدديات والذرعيات. وإنما المثلي منها[1] ما هي متقاربة. أما المتفاوتة فلا. والسويق متفاوت لتفاوت في القَلي[2] **شب**[3] مثلي.

قال: **وعلى الغاصب ردّ العين المغصوبة.**

معناه ما لم يتغير تغيراً فاحشاً لقوله ﷺ « **على اليد ما أخَذتْ حتّى تَرُدَّ** »[4] وقوله « **لا يحِلُّ لأحدٍ أن يأخُذَ متاعَ أخِيه لاعِباً ولا جادّاً فإن أخَذه فليرُدَّه عليه** »[5] ولأن اليد حقّ مقصود. وقد فوتها عليه. فيجب إعادتها بالرد إليه. وهو الموجب الأصلي. ورد القيمة مخلص خلفاً عنه. لأنّ في ردّ العين ردّ الصورة والمالية. وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص. ويظهر ذلك في بعض الأحكام. **ه**[6] والواجب الردّ في المكان الذي غصب لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن. **ط**[7] غصب من مسلم خمراً فعليه ضمان الردّ. وإن لم يكن عليه ضمان القيمة.

قال: **فإن ادّعى أنها هلكت حبسه الحاكم حتّى يعلم أنها لو كانت باقية[8] أظهرها ثمّ قضى عليه ببدلها.**

لأنه يدّعي خلاف الظاهر. فيحبس حتّى يعلم حاله كمن ادّعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس حتّى يعلم حاله. فإن علم هلاكه سقط ورد عينه فيلزمه ردّ بدله وهو القيمة.

قال: **والغصب فيما ينقل ويحول.**

لأن الغصب إزالة يد المالك بفعل في العين. وذلك هو النفل.

قال: **فإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يضمنه.**

---

1 [illegible]

2 [illegible] نقصا. الجوهرة النيرة ٣/٣٢٥.

3 شب : شرح بكر خواهر زاده

4 أبو داود السنن "**إجارة**" ٩٠؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٩؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٨.

5 أبو داود السنن "**أدب**" ٩٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٦/١٠٠.

6 ه : هداية

7 ط : المحيط

8 أ : + في يده

وهو قول أبي يوسف أولاً. وبه الشافعي لقوله ﷺ « **من غَصب شِبراً من أرضٍ طوّقه اللهُ تعالى يوم القيامة من سبعِ أَرضِين** »[1] ولأنه ثبت يد الغاصب. ومن ضرورته زوال يد المال لاستحالة اجتماع اليدين على محلّ واحد في حالة واحدة. وإذا تحقق أخذ مال محترم وإزالة يد المالك تحقق حقيقة الغصب فصار كالمنقول وجحود الوديعة. ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك يفعل في العين لما مرّ. وهو لا يتصوّر في العقار. لأنّ يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها. وهو فعل في المالك لا في العقار فصار كما إذا تعد المالك عن المواشي أو متاعه أو ركب [٢٦٣/ب] دابّة غيره ولم يحركها لا يضمن. ذكره في السير الكبر بخلاف المنقول. لأنّ النقل فعل فيه. ومسألة الجحود ممنوعة. ولو سلّم فالضمان ثمة بترك الحفظ الملتزم المدلول عليه بالجحود.

قال: **وما نقصه منه بفعله وسُكناه ضمنه في قولهم جميعاً**.

لأنه إتلاف. والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه. لأنّه فعل العين وكذا لو انهدمت بسكناه وعمله. ولو غصبها وباعها وسلمها وأقر بذلك فالصحيح أنه على الاختلاف في الغصب. وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل. وقال أبو يوسف يطيب له الفضل. **بط**[2] زرع أرض غيره ونبت فللمالك أن يأمر الغاصب بقلعه. فإن أبى يقلعه بنفسه. وقيل النبات يخير صاحب الأرض إن شاء تركها حتّى نبت فيأمره بقلعه. وإن شاء أعطاه ما زاد البذر. فيقوم مبذورة ببذر غيره له حقّ القلع ويقوم غيره مبذورة فيعطى فضل ما بينهما. وعن أبي يوسف أنه يعطيه مثل بذره. والأول أصحّ. ولو زرعها أحد الشريكين بغير إذن صاحبه فدفع إليه صاحبه نصف البذر ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده يجوز. وإن أراد قلع الزرع من نصيبه يقاسمه الأرض فيقلعه من نصيبه. ويضمن الزرّاع نقصان الأرض بالقلع.

قال أستاذنا والصواب نقصان الزرع كما ذكره القدوري في شرحه. ولو قلع[3] تالّة[4] من أرض غيره فغرسها في ناحية أخرى[5] فكبرت أو غرس تالّته في أرض غيره فكبرت فالشجرة للغارس.[6] ولو بذره فجاء

---

[1] مسلم الصحيح "**مساقاة**" ١٣٧؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩٨/٢١.

[2] بط : بحر محيط

[3] أ، ق : أخذ

[4] التال صغار النخل وفسلانها واحدتها تالة. القاموس المحيط ١٢٥٥/١

[illegible]

الفتاوى الهندية ٢٨١/٥.

أجنبي وبذر فيها قبل النبات فقلبها أو سقاها حتّى نبت البذران فالزرع للثاني.[1] وعليه فضل ما بين قيمة الأرض مبذورة ببذر نفسه وغير مبذورة. فإن جاء صاحبها وبذرها ثانياً قبل النبات ثمّ قلبها أو سقاها حتّى نبت البذور يضمن الغاصب للمالك قيمة بذره كما مرّ ثمّ يضمن المالك له قيمة البذرين لكن مبذوراً في أرض الغير. ولو غصب أرضاً وبنى فيها حائطاً وأخذها المالك لم يكن له نقض الحائط إن كان بناه من ترابها. وإلا فله النقض. ن[2] وإن لبّن التراب فله النقض في الحالين. سى[3] ق[4] إذا كان للتراب قيمة فله أخذه. وعليه قيمة التراب. ولو حفر في أرض غيره فعليه النقصان. وقيل يكنس الحفيرة.

قال: **وإذا هلك الغصب[5] في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله فعليه ضمانه.**

لأن دخل في ضمانه بالغصب وعجز عن ردّ عينه. فيجب عليه ردّ مثله جنساً أو قيمة.

قال: **وإن نقص في يده فعليه ضمان النقصان.**

لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه فما تعذر ردّ عينه يجب ردّ قيمته بخلاف تراجع الشعر فيه. لأنّه فتور [٢٦٤/أ] رغبات المشترين لا فوات جزء منه. ه[6] معناه في غير الربويات. ك[7] فإن انتقص وصفاً أو شيئاً يوجب عيباً يرد ضرر النقصان مع العين فيقوم صحيحاً ويقوم وبه العيب فيضمن قدره إذا كان مما يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً كالثوب وغيره. لأنّ للجودة والوصف قيمة. وإن لم يجز كما لو غصب حنطة فابتلت أو إناء فضة فانكسر يخير مالكه. إن شاء أخذه كذلك. وإن شاء ضمنه مثله في المكيل والموزون. وفي الإناء إن شاء تركه له وضمنه من خلاف جنسه. وعند الشافعي له أخذه مع قيمة النقصان كذوات القيم. ولنا أنه لما تعذر تضمين الوصف وإلغاؤه يخير. ثمّ في الإناء الذي يباع وزناً. إن كان من صفر يضمن بغير جنسه ليحصل حقّ المالك بكماله. ه[8] ولو غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان إجماعاً. ويتصدق بالغلة خلاف أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف المستعير إذا آجر المستعار وله أن يستعين بالغلة في أداء ضمان العقد إذا هلك في يده. وعلى هذا الخلاف إذا غصب ألفاً فاشترى بها غلاماً فباعه بألفين واشترى بهما جارية فباعها بثلاثة آلاف. وكذا المودع أو المستعير إذا تصرف الوديعة أو العارية وربح فيه

---

[1] [illegible] بينهما. الفتاوى الهندية ١٤٣/٥.

[2] ن : النوازل

[3] سى : سيف سائلي

[4] ق : قدوري

[5] ف : المغصوب

[6] ه : هداية

[7] ك : الكفاية للبيهقي

[8] ه : هداية

لا يطيب له عندهما خلاف أبي يوسف. ثمّ هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة. وأما في الأثمان فقوله في الجامع الصغير اشترى بها إشارة إلى أن التصدق بالربح إنّما يجب إذا اشترى بها ونقد منها. أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو على عكسه أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطلب له. وهكذا قال الكرخي. لأنّ الإشارة لم تفد التعين فلا بدّ من النقد منها حتّى يتحقّق الخبث. وقال مشايخنا لا يطيب لكلّ حال لإطلاق الجواب في الجامعين. والأصل ولو اشترى بألف مغصوبة جارية تساوي بألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشئ إجماعاً. لأنّ الربح أنّما يظهر عند اتحاد الجنس.

٢١. ١. ١ فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال: **ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار. إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه. وإن شاء ضمنه نقصانها.**

وكذا البقر والجزور. وكذا إذا قطع يدها وهو ظاهر المذهب. وفي رواية الحسن أنه إذا أخذ الشاة لا يضمنه النقصان. لأنّ المقصود منه هو اللحم والربح بقرب من المقصود. وهذا إذا لم يكن لبونة ولا نتوجة ولا عاملة. أما إذا كانت فلا. ولنا أنه إتلاف من وجه لفوات بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها. وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب. فباعتبار [٢٦٤/ب] الفائت يضمنه كلّ القيمة كالقتل. وباعتبار القائم يضمنه النقصان كالتعيب. ولو لم تكن الدابّة مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها يضمن جميع قيمتها. لأنّه استهلاك من كلّ وجه بخلاف طرف العبد. فإنه يضمن أرش الطرف فحسب. لأنّه يبقى منتفعاً بعد قطع طرفه. بط[1] ولو قطع أذن الدابّة أو ذنبها يضمن النقصان. وعن شريح إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ولغيره يضمن النقصان. وإن نتف الشعر من كتفها أو ذنبها ينبغي أن يؤجل سنة كما في شعر الآدمي. فإن نبت لم يضمن. وإلا فيضمن النقصان.[2]

قال: **ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه.**

لأن العين قائم من كلّ وجه. لكنّه يعيب فيضمن العيب.

قال: **وإن خرقه خرقاً كبيراً يبطل عامّة منفعته فللمالك أن يضمنه جميع قيمته.**[3]

معناه إذا ترك الثوب عليه. وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان. لأنّه استهلاك من وجه بطلان عامّة منافعه كالإحراق فيضمن قيمته. وتعيب من وجه باعتبار بقاء العين وبعض المنافع فيضمنه نقصانه.

---

[1] بط : بحر محيط

[2] أ، ف : + ولو ذبحها وسلخها وقطعها أرباً أرباً لا ينقطع حقّ المالك. وقيل ينقطع. وقيل ينقطع إذا كان للتأريب قيمة.

[3] ف : + وقال الشافعي النقصان وله تضمين القيمة.

بط[١] والفاحش ما يوجب نقصان ربع القيمة. وقيل النصف. وقيل ما لا يصلح لثوب ما قص ما لا يمكن أن يخاط أو يبقى بعد الخياطة نقصان فاحش. **شب**[٢] لا يصحّ هذه الحدود. فإن محمداً أثبت الخيار للمالك بعد قطع القميص. وإن لم يوجد شيء من هذه الحدود. وإنما الصحيح ما حده محمد به. وهو أن يفوت بعض العين وجنس من منافعه. ويبقى بعض الثوب[٣] منه[٤] وبعض المنفعة. **شح**[٥] وقيل يرجع في ذلك[٦] إلى الخيّاطين. وقيل إن كان طولاً ففاحش. وإن كان عرضاً فيسير. والقطع ثلاثة فاحش غير مستأصل[٧] للثوب. وحكمة ما بينا من التخيير ويسير. وهو أن يقطع طرفاً من أطرافه فيضمنه النقصان فحسب. وفاحش مستأصل للثوب. وهو أن يجعله قطعاً لا يصلح إلا للحرقة. فعن أبي حنيفة أنه يخير. إن شاء ترك القطع عليه. وضمنه قيمته. وإن شاء أخذ القطع ولا شيء له. وعندهما له أن يأخذ القطع. ويضمنه النقصان. والخلاف بناء على اختلافهم فيما إذا قطع يدي عبد إنسان. **شس**[٨] وهو الحكم في كلّ عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية. فإنه يخير في اليسير والفاحش بين أن يمسك العين. ولا يرجع عليه بشيء وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته. هذا إذا قطع الثوب قميصاً و لم يخطه. فإن خاطه ينقطع حقّ المالك عندنا.

قال: **وإذ تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتّى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب [٢٦٥/أ] منه عنها وملكها الغاصب وضمنها. ولا يحلّ**[٩] **له الانتفاع بها حتّى يؤدّي بدلها**[١٠] **كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها**[١١] **أو حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذه سيفاً أو صفراً فعمل آنية.**

وهذا كله مذهبنا. وقال الشافعي لا ينقطع حقّ لمالك. لأنّ فعله عدوان فلا يستفاد به الملك الذي هو نعمة. وعن أبي يوسف فيه ثلاث روايات. في رواية مثل قولهما. وفي رواية يبقى حقّه ويزول ملكه. فيباع الدقيق ويشتري له مثل حنطته. وهو أحقّ به من سائر الغرماء. إن مات كالمبيع قبل التسليم. وفي رواية إن شاء ضمنه مثل حنطته ودفع إليه الدقيق. وإن شاء أخذ الدقيق وأبرأه عملاً بالشبهين. ولهما أنه

---

١ بط : بحر محيط

٢ شب : شرح بكر خواهر زاده

٣ أ : العين

٤ أ، ف، ق : - منه

٥ شح : شمس الأئمة الحل

الجوهري الصحاح

.١٨/١

٨ شس : شرح السرخسي

٩ ف : لم يحل

١٠ ف : + هذا

١١ ف : - أو طبخها

أتلف بفعله المتقوّم فتعين حقّ المالك في ضمانه. لأنّ حقّ الغاصب قائم فيه من كلّ وجه. وحق المالك قائم من وجه هالك من وجه بدليل تبدل اسمه وبطلان معظم منافعه. والأصل فيه[1] ما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه إن قوماً أضافوا رسول الله عليه السلام شاة مصلية فمضغ منها لقمة فلم يسغها. فسأل عنها فقالوا إنها شاة جارنا. فأخذناها و لم يكن حاضراً وسنرضيه. فأمر النبي عليه السلام أن يتصدق بها. ولولا زال ملك المالك عنها لأمر ببيعها وحفظ ثمنها. هـ[2] وقوله لا يحلّ الانتفاع بها حتّى يؤدّي بدلها استحسان والقياس أن يحلّ قبله. وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة لثبوت الملك المطلق للتصرف حتّى لو باعه أو وهبه جاز. وجه الاستحسان قوله عليه السلام فيما روينا من الحديث في الشاة المصلية « **أطعموها الأسَارَى** »[3] فالحديث أفاد ثلاث فوائد. زوال ملك مالكها وحرمة الانتفاع بها والتصدق بها. ولأن إباحة الانتفاع قبل أداء البدل. فتح باب الغصب فحرم جسماً لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة كالمشتري شراءً فاسداً وبأداء البدل يصير حقّ الملك موفى. فتحصل المبادلة بالتراضي فيحل. وكذا إذا أبرأه. وعلى هذا الخلاف وإذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع قبل أداء البدل لوجود الاستهلاك من كلّ وجه بخلاف ما تقدم. وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافهما لما مرّ. ط[4] سي[5] غصب طعاماً فمضغه حتّى صار مستهلكاً ثمّ ابتلعه ابتلعه حلالاً في قول أبي حنيفة خلاف أبي يوسف. لأنّ شرط الطيب الملك بالبدل عنده. وعندهما أداء البدل. ومتى ملك المغصوب بالضمان فله الردّ بالعيب وخيار الرؤية. ك[6] وعلى هذا إذا غصب زيتوناً فعصره أو لحماً فشواه أو طبخه أو تراباً فلبّنه أو اتخذه آنية خزف وللتراب ثمن أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله ونسجه [٢٦٥/ب] أو دقيقاً فخبزه.

قال: وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب. وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها.

لأنه أحدث فيه صنعة متقوّمة هلك بها حقّ المالك من وجه بالكسر وتفويت بعض المقاصد والبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروبة يصلح لذلك. وله أن العين باق من كلّ وجه بدليل اسمه وبقاء ثمنيته وكونه موزوناً حتّى جرى فيه الربا. وأما صلاحه لرأس المال فمن أحكام الصنعة دون العين. والصنعة فيها غير متقوّمة مطلقاً. لأنّه لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها. بط[7] شط[1] ولو غصب

---

[1] أ : – فيه

[2] ه : هداية

[3] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٩٣/٥؛ الدارقطني السنن ٢٨٥/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٢٣/٤.

[4] ط : المحيط

[5] سي : سيف سائلي

[6] ك : الكفاية للبيهقي

[7] بط : بحر محيط

دراهم أو دنانير وآنية فضة فإن لم تتفاوت صحيحها ومكسورها فلا ضمان على الكافر وإن تفاوت فإن شاء المالك أخذ المكسور. ولا شيء له. وإن شاء سلمه إليه وضمنه مثله. وفي الآنية والسوار والقلب من الفضة أو الذهب يضمنه بخلاف جنسه قيمته مصبوغاً. وكذا أواني الصفر والنحاس والشبة والرصاص إذا كانت تباع وزناً. وإلا فحكمها حكم العدديات المتفاوتة. **بط**[2] ولو غصب دراهم فسبكها لم ينقطع حقّ المالك إجماعاً.[3] ولو غصب صفر فجعله كوزاً ينقطع حقّ المالك. **شس**[4] الصحيح أنه ينقطع سواء بيع الكوز وزناً أولا بخلاف النقرة عند أبي حنيفة. ولو غصب مصحفاً فنقطه أو أعربه لا ينقطع. ولو غصب كاغدة فكتب فيها فالصحيح أنه لا ينقطع.

قال: **ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها. ولزم الغاصب قيمتها.**

وقال الشافعي للمالك أخذها لما مرّ من بقاء حقّه فيها كالساحة. ولنا أن في بقاء حقّه ونقض بنائه إضرار بالغاصب من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بطن جاريته أو عبده بخيط مغصوب أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة. **كخ**[5] **فج**[6] إنّما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساحة. أما على نفس الساحة فينقص. والأصحّ جواب الكتاب. **بط**[7] وقيل إذا كانت الساحة في طرف البناء يردها. **بط**[8] وهو رواية هشام عن محمد. ولو غصب دود قز فرباها حتّى صارت إبريسماً فنسجه ديباجاً ينقطع الملك عندنا خلافاً للشافعي. ولو رباها فأخرج الفلق فهو الغاصب. وعليه قيمة الدود عند محمد.

قال: **ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له "اقلع البناء والغرس وردها."**[9]

لقوله ﷺ « **ليس لعِرقِ ظالمٍ حقٌّ** »[10] ولأن الغصب يتحقّق في الأرض فلم يصر مستهلكة. فكان ملكه باقياً فيها فيؤمر لتفريغها كمن شغل ظرف غيره بطعامه.

---

١ شط : شرح الطحاوي

٢ [illegible]

٣ [illegible]

٤ : شرح السرخسي

٥ كخ : ركن خصافي

٦ فج : الفتاوى ابو جعفر

٧ بط : بحر محيط

٨ بط : بحر محيط

٩ ف، ق : + فارغة

١٠ أبو داود السنن **"إحياء الموات"** ٣٧؛ مالك الموطا **"أقضية"** ٢١؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٦/١٤٢؛ الدارقطني السنن ٤/٢١٧.

قال: **فإن كانت [٢٦٦/أ] الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعين ويكون له.**

لأن[1] فيه نظرا لهما ودفعاً للضرر عنهما. قوله "مقلوعين" معناه تقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر وبناء لصاحب الأرض ولاية قلعه فيضمن فضل ما بينهما. ط[2] عن كخ[3] إذا كانت قيمة الساحة أقلّ من قيمة البناء ليس له أن يأخذها. وإن كانت أكثر فله ذلك. وكذا في الساجة وزعم أن هذا هو المذهب. قال مشايخنا هذا قريب مما ذكر محمد أن دجاجة إنسان ابتلعت لؤلؤة الغير أو أودع فصيلاً فكبر في بيت المودع حتّى لم يمكنه إخراجه إلا بنقضه ينظر إلى قيمتها. ويخير صاحب الأكبر كصاحب اللؤلؤة النفيسة. إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها. وإن شاء ترك اللؤلؤة. وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة. قلت[4] وترك شيئاً لا بدّ من معرفته. وهو أن الغاصب إذا أراد أن ينقض البناء. ويرد الساحة هل يحل له ذلك.[5] ط[6] إن قضى القاضي عليه بالقيمة لا يحلّ له نقض البناء وقبل القضاء. قيل يحلّ. وقيل لا يحلّ لتضييع المال من غير فائدة. هشام عن محمد إن كان قلع الأشجار لا يفسد الأرض. لكن ينقضها شيئاً. فإنه يأخذ الأرض ويضمنه النقصان. وليس له أن يأخذ الأشجار. ويضمن قيمته للغاصب. وإنما له ذلك إذا كانت[7] تفسد بقلعها. ولو غصب داراً ونقشها بأصباغ بعشرة آلاف أو جصصها قيل لصاحبها "أعط ما زاد النقض والتجصيص." فإن أبى أمرته بقلعه وضمنته ما نقص القلع. هكذا روى هشام عن محمد. وعن أبي يوسف أيضاً ونقر الباب استهلاك يملكه بالقيمة.

٢١. ١. ٢ فصل في أحكام المغصوب إذا تغير بعمل الغاصب أو غيره

قال: **ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً فلتّه بسمن فصاحبه بالخيار. إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب. وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما.**

- الأرض

وقال الشافعي لصاحب الثوب أن يمسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بقدر الممكن اعتباراً بفصل الساجة بخلاف السمن في السويق. لأنّ التميز متعذر. ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والجبرة لصاحب الثوب لكونه صاحب أصل. ه[1] قال أبو عصمة في أصل المسألة. وإن شاء ربّ الثوب باعه وتصرف بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه. لأنّ له أن لا يتملّك الصبغ بالقيمة. وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق. لكن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله.

قلت[2] وقوله وغرم ما زاد الصبغ بالرفع والسمن بالنصب أي[3] يغرم السمن. لأنّه مثلي وقت اتصاله[4] بملكه. والصبغ لم يبق مثلياً [٢٦٦/ب] قبل اتصاله بملكه لامتزاجه بالماء. شس[5] قص[6] يضمن ما زاد السمن.

قلت[7] فهذا بدل على جواز الرفع في السمن.[8] ثمّ قال إلا أن الصواب ما ذكر في المتن أن السمن مثلي فيضمن مثل الثمن. فكان الصواب هو النصب. قال في الأصل يضمن قيمة السويق. لأنّ السويق يتفاوت بالقَلْيِ فلم يبق مثلياً. ط[9] وقيل المراد منه مثل قيمته. وقيل مراده إذا انقطع. ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة. وعندهما زيادة. قيل هذا اختلاف عصر وزمان. وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فنقصان. وإن كان يزيده فكالحمرة. ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كان قيمته ثلاثين فيراجع بالصبغ إلى عشرين ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة. فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم. لأنّه وجب له[10] عليه عشرة. وللصبّاغ عليه خمسة فسقط الخمسة بالخمسة. ويرجع بالخمسة شس[11] مثله بط[12] ولو قصره الغاصب يأخذه المالك ولا شيء له.

قال: **ومن غصب عيناً فغيّبها فضمنها المالك قيمتها ملكها.**

---

[1] ه : هداية
[2] ف : قال
[3] ف : - أي
[4] أ : إيصاله
[5] شس : شرح السرخسي
[6] قص : قاضي صدر
[7] ف : قال
[8] أ : والسمن
[9] ط : المحيط
[10] أ : - له
[11] شس : شرح السرخسي
[12] بط : بحر محيط

وقال الشافعي لا يملكها. لأنّ الغصب عدوان محض. فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر. ولنا أنه ملك البدل بكماله. والمبدل يقبل النقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه بخلاف المدبر. لأنّه لا يقبل النقل غاية الأمر أنه يجوز بيعه بعد القضاء بفسخ التدبير. لكنّه يصادف القنّ بعده لا المدبر.

قال: **والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه.**

لأن المالك يدّعي الزيادة. وهو ينكر فالقول قول المنكر مع يمينه.

قال: **إلا أن يقيم المالك بيّنة بأكثر من ذلك.**

لأن البيّنة حجة تامة ملزمة.

قال: **فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن. وقد ضمنها بقول المالك أو بيّنة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك.**

وهو للغاصب. لأنّه ملكه برضاء المالك حيث ادّعى هذا المقدار.

قال: **وإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار. إن شاء أمضى الضمان. وإن شاء أخذ العين وردّ العوض**

لعدم رضاه بهذا المقدار. لأنه ادّعى الزيادة وأخذ دونها. هـ[1] ولو ظهر العين[2] وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في فضل اليمين. فكذلك الجواب في ظاهر الرواية. وهو الأصحّ. لأنّه لم يتمّ رضاه. وقال الكرخي لا خيار له. ولو غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته نقد بيعه لاستناد الملك إلى وقت الغصب. وإن أعتقه ثمّ ضمن قيمته لم ينفذ. لأنّ الملك[3] بالاستناد ناقص. ولهذا يظهر في الإكساب[4] دون الأولاد. والناقص يكفي للبيع دون العتق كملك المكاتب. قلت[5] قال وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يبيّن أن المعتبر مطلق [٢٦٧/أ] التفاوت أم الغبن الفاحش. وفي بط[6] جش[7] إذا ظهرت وقيمتها ألف درهم ودانق لصاحبها أخذها. قلت[8] فجعل الدانق في ألف درهم معتبراً. بط[9] ولو ملكه الغاصب بالضمان ثمّ وجده معيباً فله

: جمع شرف الأمة الاسفندري

٨ ف : قال

٩ بط : بحر محيط

الردّ. إذا حلف أنه أدى الضمان و لم يعلم به وله الردّ بخيار الرؤية. ولو باعه ثمّ ردّ عليه بعيب بقضاء فله الردّ على المالك.

قال: **وولد المغصوبة ونماءها[1] وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب[2] إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعه إياها.**

وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب. وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كمن أخرج ظبية من الحرم فولدت في يده فالأولاد مضمونة عليه. كذا هذا. ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير إثباتاً يزيل يد المالك على ما مرّ و لم يتحقّق ههنا. لأنّ المالك لم يكن ثابتة على هذه الزيادة فيستحيل إزالتها على أنها لو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها الغاصب. لأنّ الظاهر عدم المنع نظراً إلى عقله وإسلامه حتّى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه. وكذا إذا تعدى فيه بأن ذبحه أو أكله أو باعه وسلمه ونحوها وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها أيضاً إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع بعد طلب صاحب الحقّ وهو الشرع. وعليه أكثر مشايخنا. ولو أطلق الجواب فالفرق بيّن. لأنّه ضمان جناية. وهو أسرع وجوباً من ضمان الغصب. ولهذا يتكرر بتكررها. ويجب بالإعانة والإشارة فلأن يجب بإثبات اليد على مستحقّ الأمن أولى ولا كذلك ضمان الغصب.

قال: **وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب.**

لدخولها في ضمانه بالغصب.

قال: **فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب.**

وقال زفر والشافعي لا يتجبر.[3] لأنّ الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كولد الظبية وكما إذا هلك الولد قبل الردّ أو ماتت الأم وبالولد وفاء وكما إذا جزّ[4] صوف شاة أو قطع قوائم شجر الغير أو خصى عبده أو علمه الحرفة. ولنا سبب الزيادة والنقصان متحد. وهو العلوق أو الولادة على ما عرف. وعند الاتحاد لا يعد نقصاناً. فلا يوجب ضماناً كمن غصب جارية سمينة فهزلت ثمّ سمنت أو سقط سنها ثمّ نبت أو قطع يده فأخذ أرشها وأداه مع الغصب بحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع. وكذا إذا ماتت الأم وتخريج بقية المسائل أن الولادة ليست سبباً لموت الأم. لأنّه لا يفضي [٢٦٧/ب] إليه غالباً. وأما إذا مات الولد قبل الردّ. لأنّه لا بدّ من ردّ أصله للبراءة. فلا بدّ من ردّ خلفه أيضاً. والخصي لا يعد زيادة. لأنّه

[illegible]

به.

غرض بعض الفسقة. والسبب مختلف في سائر المسائل. لأنّ سبب النقصان القطع والجز. وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة الفهم. ه[1] ولو زنى بالجارية المغصوبة ثمّ ردها فحبلت وماتت في نفاسها ضمن قيمتها يوم العلوق. ولا يضمن الحرة. وقالا لا يضمن الأمة أيضاً. لأنّه صحّ الردّ ثمّ هلكت كما في البيع وكما إذا حُمت ثمّ ردها وماتت منها وله أنه غصبا وليس فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصحّ الردّ كمن جنت في يد الغاصب فردها فقتلت في يد المالك أو دفعت بها يرجع على الغاصب بكل القيمة. كذا هذا بخلاف الحرة. لأنها لا تضمن بالغصب والواجب في الشراء ابتداء التسليم والعلوق لا يمنعه. ط[2] ولو زنت عنده فحبلت ثمّ ردها حبلى يرد معها الأكثر من نقصان عيب الزنا والحبل. ويدخل الأقلّ في الأكثر استحساناً. وبه أبو يوسف. وقال محمد يرد النقصانين. شس[3] ونقصان الولادة يتخير بالفضل الحادث بعد الردّ على المالك إليه أشار محمد في الجامع. وقال عبد الواحد الشيباني لا يتخير.[4] ولو اعورت أو سقط سنها ثمّ زال العور وبنت السن بعد الردّ برئ الغاصب. بط[5] لا يبرأ[6] بالفضل الحادث بعد الردّ. وإليه أشار. شس[7] ولوحبلت من الزوج عنده لم يضمن. ولو أبق في يده أو زنت أو سرقت و لم يكن فعلته قبل الغصب أو حمت أو اعورت أو شلت فعليه ضمان النقصان. فلو ردها مع الأرش ثمّ زالت العلل يرجع على المولى بالأرش.

قال: **ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.**

سواء عطلها أو سكنها. وقال الشافعي يجب أجر المثل في الوجهين. وقال مالك إن سكنها فله أجر المثل لاستيفاء عوضه. وإن عطلها فلا. والشافعي يقول المنافع أموال متقوّمة حتّى يضمن بالعقود فكذلك بالغصوب. ولنا أنها حصلت على ملك الغصب. لأنها حدثت في إمكانه دون المالك.[8] لأنها إعراض لا تبقى فيملكها الغاصب دفعاً لحاجته. والإنسان لا يضمن ملكه دون المالك[9] ولأن المنافع لا تماثل الأجر لسرعة فنائها. وبقاء الأعيان والضمان يستدعي المماثلة. قوله إنها أموال متقوّمة قلنا لا نسلم بل يتقوّم ضرورة ورود العقد عليها وما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجر العين.

---

[1] ه : هداية
[2] ط : المحيط
[3] شس : شرح السرخسي
[4] ق : لا يتحير
[5] بط : بحر محيط
[6] أ : والأكثر أنه لا يبرأ
[7] شس : شرح السرخسي
[8] ف : – دون المالك
[9] أ : – دون المالك

قلت[1] وأصحابنا المتأخّرون كانوا يفتون بقول الشافعي في المسئلات والأوقاف [٢٦٨/أ] وأموال اليتامى ويوجبون أجور مثلها على الغصبة.

٢١. ١. ٣ فصل في غصب ما لا يتقوم

قال: **وإذا أتلف المسلم خمر الذمّيّ أو خنزيره ضمن.[2] وإن أتلفهما المسلم لم يضمن.**

وقال الشافعي لا يضمن في الوجهين. وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمّيّ على ذمّيّ أو باعها من ذمّيّ له أنه سقط تقومها في حقّ المسلم. فكذا في حقّ الذمّيّ. لأنهم أتباع لنا في أحكام الدنيا. ولنا أن التقوم باق في حقهم. لأنّ الخمر لهم كالخل والخنزير كالشاة في حقّ الانتفاع. وقد قال ﷺ « **اتركوهم وما يَدينون** »[3] فبقيت متقوّمة[4] في حقهم فيجب. لكنّه يجب في الخمر القيمة. لأنّ المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه بخلاف الميتة والدم. فإنهما لا يضمنان. لأنّ أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما. **بط**[5] **نظ**[6] ولو اشترى خمراً من ذمّيّ فشربها لا ضمان عليه ولا ثمن. لأنّه فعله بتسليط البائع. **شب**[7] ولو أتلف الذمّيّ خمر المسلم لم يضمن. والعبرة لجانب المتلف عليه دون المتلف. **بط**[8] **شس**[9] أتلف ذمّيّ خمر ذمّيّ ثمّ أسلما أو أسلم أحدهما قبل القضاء عليه بمثل الخمر أو بعده لا شيء عليه إلا في قول محمد. ورواية زفر عن أبي حنيفة أن عليه قيمة الخمر .وكذا قرض الخمر وفي الخنزير بعد الإسلام القيمة. **بط**[10] **ع**[11] ذمّيّ أظهر بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع منه. فإن أراقه رجل أو قتل خنزير ضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا

---

١ [illegible]
٢ [illegible]
٣ [illegible]
٤ [illegible] مذهبه. ابن الهمام
فتح القدير ٢٦٠/٢١.
٥ بط : بحر محيط
٦ نظ : النظم للزندويستي
٧ شب : شرح بكر خواهر زاده
٨ بط : بحر محيط
٩ شس : شرح السرخسي
١٠ بط : بحر محيط
١١ ع : عيون المسائل للسمرقندي

يضمن الزق ولا الخنزير ولا الخمر. لأنّه مختلف فيه وفي أشربة العيون. شق[1] لمسلم زقاً فيه خمر من هؤلاء الفساق قال أبو يوسف لا يضمن ما شق من الزق ولا الخمر. وقال محمد لا يضمن الخمر ويضمن الزق.

قلت[2] يعني إلا الإمام. ولو أنه كسر حباباً فيها خمر الخلال ليضمن الحباب في قول أبي يوسف أيضاً. ظت[3] وعن أصحابنا فيمن اعتاد الفسق وأنواع الفساد يهدم عليه داره. ويكسر دنانه. ولم يرو عنهم في الإحراق شيء. وفي روضة العلماء[4] كسر دنان الخمار أو حوانيته أو عود المغنى لا شيء عليهم في قولهم. ذكره في الكيسانيات وفي الصغرى كسر الملاهي مباح عندهم. لكن يضمن عند أبي حنيفة خلافهما. صبق[5] إنّما يضمن عنده الدف والربط والطبل من حيث أنه يجعل فيه الحبوب. والفتوى في زماننا على قولهما. لأنّ الناس تركوا الانتفاع بها إلا بطريق التلهي. فسقط اعتبار سائر المنافع بالإجماع. فلا يبقى متقوّماً. م[6] مات المسلم عن بربط ومزامير ودفوف مربعة. فإن ولي القاضي أمرها كسرها وباعها حطباً وباع المدور كما هو.

٢١. ١. ٤ فصل في خاتمة الكتاب بط[7]

بإجازة المالك بيع الغاصب يصحّ إذا كان المتعاقدان والمعقود عليه بحالها[8] وأن يكون قبل الخصومة عند أبي حنيفة. ولا يشترط قيام الثمن إذا [٢٦٨/ب] كان من الدراهم والدنانير في ظاهر الرواية. جت[9] وعن محمد لا يجوز إجازة بيع الفضولي بعد هلاك الثمن وإن لم يتعين. شح[10] شب[11] لو خاصم المالك الغاصب وطلب من القاضي أن يقضي له بالملك ثمّ أجاز بيعه لم يصحّ عند أبي حنيفة. شس[12] يصحّ في ظاهر الرواية. وفي النوادر لا يصحّ. وإذا لم يعلم عدم قيام المبيع وقت الإجازة ففي صحتها روايتان. شب[13] أسلك هذا الطريق فإنه آمن وأخذه اللصوص لم يضمن. ولو قال إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[2] ف : قال
[3] ظت : ظهير الدين التمرتاشي
[4] روضة العلماء للإمام أبي الحسن البخاري. البحر الرائق ٤٩٩/٢. روضة العلماء للزندوسني. رد المحتار ١٣٧/٤.
[5] صبق : صلاة البقالي
[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[7] بط : بحر محيط
[8] ف : بحالهما
[9] جت : جمع التفاريق للبقالي
[10] شح : شمس الأئمة الحلواني
[11] شب : شرح بكر خواهر زاده
[12] شس : شرح السرخسي
[13] شب : شرح بكر خواهر زاده

يضمن. وكذا إذا قال كلّ هذا الطعام فإنه طيب وكان مسموماً. والأصل فيه أن الغرور إنّما يثبت حقّ الرجوع للمغرور على الغار إذا حصل في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة نصاً. **ث**[1] أتلف أحد مصراعي الباب أو أخذ زوجي الخفّ أو النعل أو أحناء السرج ونحوها فللمالك أن يسلم الباقي ويأخذ قيمة الكلّ منه.[2] **م**[3] وعن أبي يوسف لا تضمن إلا ما استهلك. **بط**[4] **قخ**[5] هدم جداره فسقط خشبة على جدار منها جاره فانهدم لم يضمن. ولو ضمن في الجدار المشترك أن ينصب الأخشاب فيمنع الضرر عنه فلم يفعل ضمن. وقال القاضي لا يضمن. وفي فتاوى الفضلي ضمن لجاره ما ينهدم من داره ينقض الجدار المشترك ثمّ نقضه بإذنه فانهدم لا يضمن. ولو نزل الجمّال في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم يفعل حتّى فسد المتاع بمطر أو سرق ضمن. قيل هذا إذا كان المطر والسرقة غالباً وأن لا يكون المالك معه.

قلت[6] وهذا جواب واقعة سئلت عنها أن الملاح أخرج المتاع من السفينة في فرضة ثمّ زاد الماء حتّى هلك فأجبت فيها بتوفيق الله تعالى كما ذكر هنا. **جش**[7] غصب صبياً حراً فمات عنده بنهسة[8] حية أو لدغه[9] عقرب أو سبب آخر يضمن الغاصب. لأنّه ترك الحفظ الواجب عليه فيضمن كالمودع. والمغمى عليه يضمن بالغصب كالصبي بخلاف النائم. **صغر**[10] غصب صبياً حراً وغاب عن يده يحبسه القاضي حتّى يجيء به أو يعلم موته. **جش**[11] ولو غصبه فأجلسه في موضع فأصابته في ذلك الموضع آفة فمات فالدية على عاقلته. ولو تنحى عن ذلك المكان فأصابه ذلك لم يضمن. **صغر**[12] قيمة المدبر ثلثا قيمة القن[13] وقيمة أم

---

[1] [illegible]

[2] [illegible] للكردري. الفتاوى الهندية ٥/١٢٨.

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] بط : بحر محيط

[5] قخ : قاضي خان

[6] ف : قال

[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[8] [illegible]

[9] [illegible]

[10] [illegible] الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[11] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[12] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[13] [illegible] إياها. العناية ٦/٣٣٥.

الولد ثلث قيمته. **شب**[1] وقيل نصف قيمتها. وفي المدبر قيل نصف قيمته وقيل يقوم فائت البيع بالتدبير. وقيل فيهما ينظر بكم يستخدم مدّة عمره. **بط**[2] **أصغر**[3] عن محمد أدخل دابته دار رجل فأخرجها صاحب الدار لم يضمن. وفي المتاع يضمن. **ث**[4] وبه يفتى. ولو وضع قلنسوته على رأس غير فرماها إليه لم يضمن. وإن كان مالكها غائباً فرماها عنه ضمن. **بط**[5] [٢٦٩/أ] غصب جارية ثمّ غصبها منه آخر فأبقت منه فللأول أن يضمن الثاني قيمتها وإن لم يضمنه المالك. فإذا أخذها برئ الثاني. ولو هلكت القيمة في يده ثمّ حصر المولى فله أن يضمن الأوّل القيمة المأخوذة أو قيمتها يوم غصبته دون الثاني. وقيل لا يبرأ الثاني حتّى تصل الجارية إلى المولى أو قيمتها. ولو أقرّ الأوّل بقبض القيمة من الثاني قبل القضاء عليه بقيمتها أو بعده أو أقرّ بقبض الجارية منه. وإنها ماتت عنده فللمولى أن يضمن الثاني. ولو ثبت ذلك بالبيّنة[6] فلا.

٢١. ١. ٥ فصل في أخذ مال الغير **بط**[7]

أمر غيره بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ. ولا يرجع على الآمر وفي كلّ موضع لم يصحّ الآمر فالضمان[8] على المأمور من غير رجوع. أما الجابي إذا أمر العوان بالأخذ. **جش**[9] باعتبار الظاهر الضمان على الآخذ فحسب وباعتبار السعاية عليهما فيتأمل عند الفتوى. والمختار أنه لا ضمان على الجاني. وأما الجابي إذا أري العوان بيت صاحب الملك و لم يأمره بشيء أو الشريك أرى العوان بيت شريكه حتّى أخذ منه المال أو الرهن به فهلك فالجابي والشريك لا يضمنان بلا شبهة. **جش**[10] رجل أمر صبياً بقتل دابّة غيره أو إتلاف طعامه ففعل فالضمان في مال الصبي. ويرجع على الآمر وعلى العكس لم يضمن الصبي عن أبي حنيفة. عبد مأذون أمر صبياً حراً بتخريق ثوب أو أرسله في حاجة فعطب ضمن. ولو أمره يصل إنسان لم يضمن بأمره. ألا ترى أنه لو أقرّ على نفسه بقتل الخطأ لا يؤخذ به في الحال. ولو أقرّ بتخريق ثوب يضمن في الحال. فكذا الضمان. ولو أمره بذبح هذه الشاة ففعل. وكانت لجاره ضمن علم أو لم يعلم. لكن إن علم أنها لجاره لا يرجع. وإلا فيرجع ثمّ ذكر مسألة من جنسها ثمّ قال مجرّد الأمر بالإتلاف.

---

[1] شب : شرح بكر خواهر زاده

: جمع شرف الأمة الاسفندري

[10] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

إنّما يوجب الضمان على الآمر إذا كان الآمر هو السلطان ومن بمعناه. **م**[1] قال أبو يوسف غصب أرضاً وبناها حوانيت وحماماً ومسجداً فلا بأس بالصلاة في المسجد. ولا يستأجر الحمام والحوانيت.[2] ولا يدخل الحمام. ولا بأس بأن يدخل الحوانيت لشراء المتاع. قال هشام وأنا أكره جميع ذلك حتّى يطيب ذلك أربابها.[3] ولا أرى أن يقبل شهادة الذي يبيع في حوانيت الغصب إذا علم أنها غصب. **ط**[4] هشم[5] إبريق فضة غيره فجاء آخر وهشمه هشماً برئ الأوّل عن ضمانه والثاني ضامن. **جت**[6] للمالك تضمين الثاني مهشوماً. ولا يضمن الأوّل. وعن محمد صبّ ماءً على حنطة رجل ثمّ صبّ عليه غيره ماء أخر فزاد نقصاناً برئ الأوّل والضمان على الثاني قيمتها يوم [٢٦٩/ب] صبّ الماء عليها.

---

١ م : المنتقى للحاكم الشهيد

: جمع التفاريق للبقالي





٢٢ كتاب الوديعة

الأصل[1] في جوازها الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾[2] وإنه عقد إعانة. وأما السنة فقوله ﷺ « **من ائتَمَن أمانةً فليُؤَدِّها** »[3] وأما الإجماع باتفاق الأمة عليه.

قال: **الوديعة**[4] **أمانة في يد المودع. إن هلكت لم يضمنها.**

لقوله ﷺ « **ليس على المودَعِ غير المُغِلِّ ضمانٌ ولا على المستعير غير المُغلِّ ضمانٌ** »[1] ولأنه بحفظه للمالك بأمره فصار كالهالك في يده.

---

١ ... مندوب إلى ... خان. المبسوط ١٠٨/١١.

٢ المائدة ٢/٥

٣ أحمد بن حنبل ...

٤ ... الاستحفاظ ... صاحبها. الجوهرة النيرة ٣٣٨/٣.

قال: **وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله وحرزه الذي يحفظ به مال نفسه.**

لأن المالك رضي بيده ويد عياله كيده. لأنّه يحفظ مال نفسه بيده ويد عياله كذلك مال غيره ولأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فامتناع الحفظ بعياله توريط له في ورطه لا مخلص له وسد باب الوديعة وتعطل مصالح العباد. **شط**[2] وعياله من يسكن معه.

قال: **فإن حفظها بغيرهم أو أودعها ضمن.**

لأن الأيدي يختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم ولأن الشيء لا يتضمّن مثله كالوكيل. لا يوكل غيره والمضارب والشريك ونحوهم. **ك**[3] ولو وضعه في حرز لا يحفظ به مال نفسه ضمن. **هـ**[4] والوضع في حرز غيره إيداعه إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه.

قال: **إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فينقلها إلى سفينة أخرى.**

لأنه تعين[5] طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرضي به المالك. ولا يصدق على ذلك إلا بيّنة. لأنّ إيداعه سبب الضمان. فيدعي ضرورة مسقطة للضمان فعليه البيان كما إذا ادّعى الإذن في الإيداع.

قال: **فإن خلطها المودع بماله حتّى لا يتميز ضمنها**

ولا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة. وقالا إذا خلطها بجنسها فشركة. إن شاء كخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. لأنّه تعذر الوصول إلى عين حقّه صورة ولم يتعذر معنى بالقسمة. لأنّ القسمة في المثليات إفراز وتعين. ولهذا جاز لأحد الشريكين أخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء فكان استهلاكاً من وجه دون وجه. فيميل إلى أيهما شاء. وله الخلط فيها استهلاك من كلّ وجه. لأنّه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقّه ولا اعتبار للقسمة. لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها. **هـ**[6] ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة. لأنّ حقّه في الدين وقد سقط. وعندهما بالإبراء يسقط خيره [٢٧٠/أ] الضمان فيتعين الشركة في المخلوط. وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يقطع حقّ المالك إلى الضمان بالإجماع. لأنه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة.

---

[1] الدارقطني السنن ٤١/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٧٨/٨؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩١/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٥٦/٤.

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] ه : هداية

[5] أ : يعير

[6] ه : هداية

وكذا خلط الحنطة بالشعير في الأصحّ. لأنّ أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التميز والقسمة. **شط**[1] وروي لا تقطع. وخلط حنطة لا شعير فيها وشعير لا حنطة فيها ليس باستهلاك. وللمالك الخيار. وخلط أحدهما بذرة قيل يضمن. وقيل لا لإمكان التميز بالغربلة. وخلط الدراهم الجياد بالزيوف يقطع استحساناً. لأنّ الجياد لا يخلو عن الزيوف. والزيوف عن الجياد **ه**[2] ولو خلط المائع بجنسه يقطع حقّه.[3] وعند أبي يوسف يجعل الأقلّ تابعاً للأكثر. وعند محمد شركة بكل حال كاختلافهما في الرضاع. ونظيرها خلط الدراهم بمثلها إذابة.[4] **شط**[5] ولو صب الردئ على جيد يضمن مثل الجيد. لأنّه تعيب وفي عكسه كان شريكاً. لأنّ الردئ لا يتعيب بالجيد.

قال: **فإن طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها.**

لأنه لما طالبه بها لم يبق راضياً بإمساكه فصار حبسه تعدياً فيضمن.

قال: **وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها.**

كما إذا انشق الكيسان فاختلطا. وهذا بالإجماع. لأنّه لما[6] لم يوجد الصنع منه لم يكن جانياً فلم يضمن فكان شريكاً.

قال: **فإن اتفق المودع بعضها ثمّ ردّ مثله فخلط بالباقي ضمن الجميع.**

لأنه خلط ماله بمال غيره فيكون استهلاكاً على ما تقدم. **بط**[7] وإن جعل على المردود علامة لا يضمن إلا ما أنفق. ولو أخذ بعضه لحاجته ثمّ ندم فرده فضاع برئ عن الضمان. وقيل لم يبرأ. والأول أصح.

قال: **وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابّة فركبها أو ثوباً فلبسه أوعبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثمّ زال التعدي فردها إلى يده زال الضمان.**

خلافاً للشافعي لارتفاع عقد الوديعة بالضمان للمنافاة. ولنا أن الأمر بالحفظ باق لا يرتفع بالخلاف فكأوامر الشرع فيبرأ فيكون حافظاً بإذن المالك بعد العود فلا يضمن.

---

[5] : شرح الطحاوي

[6] ق : – لما

[7] بط : بحر محيط

قال: **فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها. فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان.**

لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فلا يعود إلا بالتجديد كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين العقد بخلاف عود المتعدي إلى الوفاق لعدم العزل. **بط**[1] وعن أبي عبد الله الجرجاني إنّما يضمن بالجحود إذا نقلها عن موضعها. **ه**[2] ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمن عند أبي يوسف خلافاً لزفر. لأنّه من باب الحفظ لقطع[3] طمع الطامعين. [٢٧٠/ب]

قال: **وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان له حمل ومؤنة. وقالا ليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة.**

وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لقوله ﷺ « **إن المسافر وماله لَعَلى قَلَتٍ إلا ما وَقَى الله** »[4] ولأن أمره بالحفظ يتقيد بالمتعارف. ولهما ما له حمل ومؤنة يلحق المالك ضرر المؤنة. فلا يرضي به بخلاف ما لا مؤنة له. ولأبي حنيفة أن الأمر بالحفظ ورد مطلقاً. والمفازة محلّ للحفظ إذا كان الطريق آمنا. ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي. ولو نهاه عن المسافرة بها ففعل ضمن في قولهم. لأنّ الحفظ في المصر أبلغ فكان التقييد مفيداً.

قال: **وإذا أودع رجلان وديعة ثّم حضر أحدهما يطلب نصيبه منها لم يدفع إليه شيئاً حتّى يحضر الآخر عند أبي حنيفة. وقالا يدفع إليه نصيبه.**

لأنه يطالبه بنصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك ولأن له أن يأخذ نصيبه مع غيبة شريكه. فكذا يؤمر بالدفع إليه. ولأبي حنيفة أنه يطالبه بدفع نصيب الغائب. لأنّه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز يشمل[5] على الحقين. ولا يتميز حقّه إلا بالقسمة. وليس للمودع ولاية القسمة.[6] ولهذا لو هلك الباقي بعد الدفع فالمقبوض مشترك بينهما بالإجماع بخلاف الدين. لأنّ المديون يدفع مال نفسه والمودع يدفع مال غيره. **شق**[7] **ه**[8] الخلاف في المكيل والموزون. **ك**[1] أودع رجلان نقداً أو حيواناً أو ثياباً ثّم

---

[1] بط : بحر محيط

[2] ه : هداية

[3] ف : - لقطع

[4] البدر المنير في تخريج الأحاديث ٣٠٥/٧؛ إسماعيل بن محمد العجلوني كشف الخفاء ٢٩٥/١-١٢٨٦/٢

[5]

[6] بأمثالها. الجوهرة النيرة ٣٤٩/٣.

[7] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[8] ه : هداية

ذكر الخلاف فيها. شط[2] قيل الخلاف في المقسم. وقيل الخلاف فيهما واحد. والصحيح أيضاً أن الخلاف في الدفع لا في الأخذ. شط[3] عن محمد لو قال أحدهما للمودع "ادفع إلى شريكي مائة أو حصته" ففعل وضاع الباب فالمدفوع من نصيب القابض إلى النصف. ولو قال "ادفع إليه النصف" ضمن نصفا ما قبض.

قال: **وإذا أودع رجل رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر. ولكنهما يقسمانه فيحفظ كلّ واحد منهما نصيبه. وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر.**

وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء. وقالا لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين. لأنّه رضي بأمانتهما فلكل واحد منهما تسليمه إلى الآخر كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما دون حفظ أحدهما كله وأمكن اعتباره قصده بأن يأخذ كلّ واحد منهما نصفه بخلاف ما لا يقسم. لأنهما لا يجتمعان أبداً في مكان واحد فتسليمه إليهما رضي منه بكل واحد منهما.

قال: **وإذا قال صاحب الوديعة للمودع "لا تسلمها إلى زوجتك" فسلمها إليها لم يضمن.** شط[4] هـ[5]

نهاه أن يدفعها [٢٧١/أ] إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بدّ بأن كانت دابّة فقال "لا تدفعها إلى غلامك أو أجيرك أو ولدك" أو كانت شيئاً يحفظ في أيدي النساء فنهاه أن يدفعه إلى امرأته لم يضمن. لأنّه يتعذر عليه مراعاة هذا الشرط فيلغوا كما لو شرط عليه أن يمسكها بيده أو لحفظها بيمينه أو بالكوفة فانتقل منها أو صندوق في بيته لم يعتبر. وإن كان له منه يد بأن كان له سواه أهل وخدم ضمن. لأنّ الشرط مفيد. فإن من العيال من لا يؤتمن به على المال. وعن محمد لو دفعها إلى وكيله أو إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لم يضمن. وكذا لو[6] دفع إلى أجير الواحد. لأنّه استحقّ منافعه وإلى المشترك يضمن. ك[7] أودع الوديعة شريكه مفاوضاً أو عناناً أو عبده التاجر أو عبداً لم يكن في منزله لم يضمن. لأنّه يحفظ ماله بهؤلاء.

قال: **فإن قال له "احفظها في هذا البيت" فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن.**

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] شط : شرح الطحاوي
[3] شط : شرح الطحاوي
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] ه : هداية
[6] أ : - لو
[7] ك : الكفاية للبيهقي

لأن الشرط غير مفيد. فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز فيلغوا إلا إذا كان المأمور به أحصن وأحرز.

قال: **وإن حفظها في دار أخرى ضمن.**

لأن الدارين يتفاوتان في الحرز إلا إذا ساوتها الثانية في الحرز أو أحرز فلا يضمن. والأصل فيه أن كلّ شرط يفيد اعتباره. ويمكن للمودع مراعاته يعتبر. وما لا فلا. **ك**[1] **ه**[2] **سبج**[3] ولو أودع المودع الوديعة يضمن الأوّل دون الثاني عند أبي حنيفة. وعندهما له أن يضمن من شاء. فإن ضمن الآخر يرجع على الأوّل. وإن ضمن الأوّل لا يرجع على الآخر. لأنّه مقعد بالقبض فأشبه الغاصب وغاصب الغاصب والعقار إذا غلط فدفع ثوب رجل إلى غيره فقطعه وكلاهما ضامن. ولأبي حنيفة مودع المودع مؤتمن كمودع الشريك والمضارب بخلاف الغصب. لأنّه وجد من كليهما غصب مبتدأ. والضمان هنا لا يتعلّق بالتسليم حتّى لو حفظها الثاني بحضرته لم يضمن. **شط**[4] عندهما إذا ضمن الثاني يرجع على الأوّل إذا لم يعلم أن الأوّل مودع. وإن علم أشار **صبق**[5] **شس**[6] أنه لا يرجع. **شح**[7] فيه شبهة اختلاف الرواية. وعن محمد أصاب الوديعة شيء فأمر المودع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك فلصاحبها أن يضمن من شاء. فإن ضمن الأوّل لم يرجع على المعالج وإن ضمن المعالج رجع على الأوّل إذا لم يعلم أنها لغيره. وإن علم لا يرجع. وفي جمع النسفي للوكيل بالبيع دفع العين إلى المستأمن ليعرضه على من أحب. لأنّه من ضرورات البيع. وفي[8] التعويد ليس له ذلك. لأنّه مودع. **جع**[9] مثله **نم**[10] [٢٧١/ب] وبالأول يفتى. **ك**[11] مات المودع ولم يعرف الوديعة فهو دين في تركته. ويساوي دين الصحة. لأنّ سببه معلوم. ولو أودع صبياً محجوراً عليه فأتلفها لا يضمن خلاف أبي يوسف كالبالغ. ولهما سلطه عليه فكان راضياً بإتلافه. وكذا لو أودع عبداً محجوراً عليه. لكنّه يضمن بعد العتق عندهما. ولو أودع الصبي عبداً فقتله يضمن إجماعاً. لأنّه ليس من عادة الصبيان قتل العبيد فلم يكن بالإيداع راضياً بإتلافه. **ك**[12] ردّ الوديعة وسائر الأمانات على يد من في عياله لا يضمن. لأنّ يدهم

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي
[2] ه : هداية
[3] سبج : اسبيجابي
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] صبق : صلاة البقالي
[6] شس : شرح السرخسي
[7] شح : شمس الأئمة الحلواني
[8] أ : + كتاب
[9] جع : جمع العلوم للبقالي
[10] نم : نوري الأئمة منصوراني
[11] ك : الكفاية للبيهقي
[12] ك : الكفاية للبيهقي

كيده. ولو ردّ على يد غير من في عياله ضمن خلاف ابن أبي ليلى. ه[1] ولو أنكر الوديعة فثبت بالبيّنة أو بنكوله ثمّ قال "هلكت" يضمن وإن أقام البيّنة. لأنّ بالجحود صار غاصباً. فلا ينفعه دعوى الهلاك. ولو طلب أن يستحلف المالك ما هلكت قبل أن يجحدها يحلفه. لأنّه إن ثبت إقراره بالهلاك قبل الجحود هلكت أمانة فالجحود بعده لا يوجب الضمان ويحلف على العلم. لأنها يمين على فعل الغير عن أبي يوسف. قال المودع "ضاع"[2] ثمّ قال "دفعته إليك وأوهمت الضياع" يضمن.[3] لأنّه أكذب نفسه في الردّ. ك[4] ادعي المودع هلاك الوديعة فلا ضمان عليه لقوله ﷺ « **من استودع وديعةً فهلكت فلا ضمانَ عليه وإن أنكر المودعُ هلاكَها فالقول قولُ المودعِ مع اليمين** »[5] ط[6] أودعه زنبيلاً فيه آلات النجارين أو كيساً فيه دراهم ولم يرها فقال المودع "كان فيه قدوم أو كذا درهماً" وقال المودع "أخذته ولا أدري ما فيه" فلا ضمان عليه ولا يمين. وقيل أشار محمد إلى أنه يحلف.[7]

---

[1] ه : هداية
[2] أ : - ضاع
[3] ف : - يضمن
[4] ك : الكفاية للبيهقي
[5] ابن ماجه السنن **"صدقات"** ٦؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٨٩/٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٥٦/٤.
[6] ط : المحيط
[7] أ، ق : + والله أعلم.





٢٣ كتاب العارية

الأصل[1] في جواز العارية قوله تعالى ﴿ **وأحسنوا** ﴾[2] وإنه نوع إحسان ول« **أن النبي** ﷺ **استعار دروعاً من صفوان وقال العارية مؤداة** »[3]

قال: **العارية؛ جائزة وهي تمليك المنافع بغير عوض.**

وبه أبو بكر الرازي. وقال الكرخي إباحة المنافع. وبه الشافعي. ولهذا لا يؤاجرها المستعير ولا يشترط ذكر المدّة. ونحن نقول العرية والعارية يشقّ أحدهما من الآخر فقالوا في تمليك الأعيان عرية. وفي

---

[1] ، قرضا. المبسوط ١٣٣/١١.

[2] البقرة ١٩٥/٢

[3] أبو داود السنن "**إجارة**" ٩٠؛ الدارقطني السنن ٣٩/٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٠٠/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

، أحدهما. الجوهرة النيرة ٣٦٢/٣.

تمليك المنافع عارية وامتناع الإجارة لئلا ينقطع حقّ المعير عنها ولأن المنافع قابلة للملك ثمّ الأعيان تقبل التمليك بعوض وبغير عوض فكذا المنافع.

قال: **ويصحّ بقوله "أعرتك وأطعمتك هذه الأرض ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة" إذا لم يرد به الهبة "وأخدمتك هذا العبد وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى."**

لأنها ألفاظ العارية.

قال: **وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء.**

لقوله ﷺ « **المِنْحَةُ مردودةٌ** [٢٧٢/أ] **والعارية مؤدّاةٌ** »[١] ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً فيملك بحسب حدوثها. والتمليك فيما لم يوجد لم يتّصل به القبض فيصحّ الرجوع عنه كالهبة.

قال: **والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدّ لم يضمن.**

وقال الشافعي يضمن ل« **أن النبي ﷺ لما استعار الدروع من صفوان فقال أغصباً يا محمد فقال ﷺ بل عاريةٌ مضمونةٌ مؤداة** »[٢] ولأنها مضمونة الردّ فكانت مضمونة العين. ولنا قوله ﷺ « **ليس المستعير غير المُغلّ ضمانٌ** »[٣] ولأنها مقبوضة بإذن المالك كالوديعة. وأما حديث صفوان فقد أخذه بدون رضاه. وللإمام ذلك بشرط الضمان. وقيل معناه مضمونة الردّ. **ك**[٤] وقيل العارية لا يضمن عندنا إذا أطلقها. وإذا شرط ضمانها ضمنت. وقد شرط النبي ﷺ ضمانها.

قال: **وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره.**

لأن العارية دونها. فلا يتضمّن ما فوقها ولأن الإجارة تقطع حقّ المعير في الرجوع أو عدم لزوم الإجارة وهما ممتنعان. فإن آجره وعطب ضمن. وله أن يضمن المؤجر. لأنّه غاصب بالتسليم. ويضمن المستأجر. لأنّه غاصب بالقبض. **ك**[٥] ولا يرجع أحدهما على صاحبه قبل هذا إذا استأجرها وهو يعلم أنها عارية. فأما إذا لم يعلم فيرجع عليه. لأنّه غرة.

قال: **وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعملين. شط**[٦]

---

[١] أبو داود السنن "**إجارة**" ٨٨؛ الترمذي السنن "**وصايا**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٠٠/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٢/٤.

[٢] أبو داود السنن "**إجارة**" ٩٠؛ الدارقطني السنن ٣٩/٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٠٠/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٢/٤.

[٣] الدارقطني السنن ٤١/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٧٨/٨؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩١/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٥٦/٤.

[٤] ك : الكفاية للبيهقي

[٥] ك : الكفاية للبيهقي

[٦] شط : شرح الطحاوي

كالحمل والسكنى والاستخدام والزراعة والطحن والكراب والآنية. أما فيما يختلف كالركوب واللبس والفأس ونحوها فلا. وقال الشافعي ليس له أن يعيره فيهما. لأنّ الإعارة عنده إباحة والمباح له لا يملك الإباحة. وعندنا تمليك المنافع على ما مرّ فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة وكالإجارة. ه[1]

الإعارة على أربعة أوجه مطلقة في الوقت. والانتفاع فللمستعير فيه أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بإطلاقه. ومقيدة فيهما. وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد. ومقيدة في حقّ الوقت دون الانتفاع. وعكسه وليس له أن يتعدى ما سماه. فلو استعار دابّة و لم يسمّ شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل. لأنه[2] لا يتفاوت. وله أن يركب ويُركب وإن كان الركوب مختلفاً. لأنّه لما أطلق فله أن يعين. لكن لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره. ولو ركب غيره ليس له أن يركبه. لأنّه تعين. ولو ركبه ضمن. بط[3] وظاهر ما ذكر في شب[4] شس[5] لا يضمن. وله أن يودع بما يملك إعارته. وقيل لا كالمودع. ك[6] ولو استعارها ليحمل عليها شيئاً سماه فحمل غيره وهو مثل الأوّل في الكيل والوزن والخفة على الدابّة كقفيز شعير مكان الحنطة لم يضمن. ولو كان أثقل [٢٧٢/ب] أو أضرّ كمائة من منّ الحديد مكان القطن يضمن على ما مرّ في الإجارة.

قال: **وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون قرض.** ك[7]

وعارية ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه قرض. لأنّ الفائدة فيه فجعل مجازاً عن القرض. ه[8] هذا إذا أطلق الإعارة. أما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً.

قال: **وإذا استعار أرضاً ليبنى فيها أو يغرس جاز. وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس.**

أما الرجوع فلما مرّ. وأما الجواز فلأنها معلومة تملك بالإجارة. فكذا بالإعارة. وإذا صحّ الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغه.

---

[1] ه : هداية
[2] أ : - لأنه
[3] بط : بحر محيط
[4] شب : شرح بكر خواهر زاده
[5] شس : شرح السرخسي
[6] ك : الكفاية للبيهقي
[7] ك : الكفاية للبيهقي
[8] ه : هداية

قال: **فإن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه.**

لأن المستعير مغترّ غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد.

قال: **وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت ضمن المستعير ما نقض[1] البناء والغرس بالقلع.**

لأنه مغرور من جهته حيث وقت له. والظاهر الوفاء بالعهد. **ط**[2] عن أبي حنيفة إذا لم يوقت في البناء والغرس كالمؤقت. **ص**[3] يضمن ربّ الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه. ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعها. ولا يضمنه قيمتها فله ذلك. لأنّه ملكه. قالوا وإذا كان بالقلع ضرر بالأرض فالخيار إلى ربّ الأرض. لأنّه صاحب أصل. **ه**[4] ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتّى تحصد الزرع وقّت أو لا. لأنّ له نهاية معلومة بخلاف الغرس.

قال: **وأجرة ردّ العارية على المستعير.**

لأن الردّ عليه. لأنّه قبضه لمنفعته.

قال: **وأجرة ردّ العين المستأجرة على الموجر.**

لأن ردها عليه. لأنّ منفعة قبضه سالمة له.

قال: **وأجرة ردّ العين المغصوبة على الغاصب.**

لأن ردها إلى يد المالك واجب عليه. والأجرة مؤنة الردّ. **شط**[5] عن أبي حنيفة ما لا حمل له كالثياب والدابة فردها على المستأجر وعلى الأجير المشترك ردّ ما في يده. وعن أبي يوسف استأجرها يوماً في المصر فعليه ردها. فإن لم يرد فتويت ضمن. وعن محمد يردها إلى موضع العقد حتّى لو ذهب مالكها إلى بلد آخر فذهب بها إليه فتويت في الطريق ضمن. ورد الرهن على الراهن. والرهن المستعار على المعير. ورد رأس مال المضاربة والشركات والبضاعة واللقطة والآبق على صاحب المال. ورد الهبة بعد القضاء بالرجوع على الواهب. ورد نصف المهر المطلقة قبل الدخول. وهو عين فعلى الزوج وفي الأثمان عليها.

قال: **وإذا استعار دابّة فردها إلى إصطبل مالكها لم يضمن.**

---

[1] ط : المحيط

[2] ق : نقص

[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[4] ه : هداية

[5] شط : شرح الطحاوي

[٢٧٣/أ] وفي القياس يضمن. لأنّه ما ردها إلى مالكها. وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف. لأنّ ردّ العواري إلى ديار الملاك معتاد كآلة البيت. ولو ردها إلى مالكها بردها هو إلى المربط.

قال: **ولو استعار عيناً فردها إلى دار مالكها ولم يسلمها إليه لم يضمن.**

وكذلك المستأجر إذا ردها إلى دار المؤاجر لما بيّنّا. **شط**[1] ولو ردها مع عبده أو أجيره مسانهة أو مشاهرة[2] لا مساومة أو مع عبد المعير أو أجيره فضاع لم يضمن. لأنّ الردّ بيد هؤلاء وعلى يد هؤلاء معهود. قيل الردّ على عبد يقوم عليه ولا يقوم عليه سواء. وقيل إذا ردها على من لا يقوم عليه ضمن. وبه محمد. والاستحسان أن لا يضمن. وقيل في الردّ على المربط إن كان[3] خارج الدار يضمن. وإلا فلا. ولو ردها إلى أرضه لا يبرأ. والمستأجر كالمستعير في الردّ. عن محمد كلّ شيء يفعله صاحبه إذا ردّ عليه. فإذا فعله المستأجر برئ. وقيل خلافه. ولو أدخله داره و لم يغلق الباب. ولا باب المربط فخرج فضاع يضمن.

قال: **وإن ردّ الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمها إليه ضمن.**

لأن المالك لا يرضى بردها إلى الدار. ولا إلى يد من في عياله. لأنّه لو ارتضاه لما أودعه إياه بخلاف العواري للعرف حتّى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا على المعير لعدم العرف فيه. **شب**[4] عن محمد أمسك العارية بعد الوقت ضمن. وقيل يضمن إذا انتفع بها. وقيل لا يضمن في الوجهين. **ط**[5] استعار فأساً ليكسر به حطباً فكسر وأمسكه حتى هلك ضمن. وفي إعارة الأب والوصي متاع الصغير اختلاف المشايخ. **صبق**[6] الصحيح أن ردّ العارية لا يجب قبل الطلب وبعده يجب. **شح**[7] أوصى بالعارية فليس لورثته الرجوع. **ع**[8] استأجر بعيراً إلى مكة فعلى الذهاب. وفي العارية على الذهاب والمجيء. لأنّ ردها عليه. **ط**[9] **ن**[10] استقرض ثوراً فأغار عليه الأتراك لم يضمن. لأنّه عارية بالعرف. **ن**[11] خالف المستعير أو

---

١ شط : شرح الطحاوي

٢ [illegible]

٣ [illegible]

٤ [illegible] بكر خواهر زاده

٥ ط : المحيط

٦ صبق : صلاة البقالي

٧ شح : شمس الأئمة الحلواني

٨ ع : عيون المسائل للسمرقندي

٩ ط : المحيط

١٠ ن : النوازل

١١ ن : النوازل

المستأجر ثمّ عاد إلى الوفاق يبرأ كالمودع. ط[1] اختلاف[2] المشايخ. عن محمد طلب منه ثوراً عارية فقال "أعطيكه غداً" فلما أصبح أخذه بغير أذنه ضمن. والله أعلم.

[1] ط : المحيط
[2] أ، ق : فيه اختلاف





٢٤ كتاب اللقيط

الأصل[1] فيه قوله تعالى ﴿ **ولقد كرمنا بني آدم** ﴾[2] الآية. سمّي لقيطاً باعتبار مآله[3] لما أنه يلقط. والالتقاط مستحبّ لما فيه من إحيائه. وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب.[4]

قال: **اللقيط حر**.

---

[3] لاستصلاح حاله. المبسوط

لأن الأصل في بني آدم الحرية وباعتبار الدار وإلحاق النادر بالغالب.

قال: **ونفقته من بيت المال.**

هكذا عن عمر ﷺ وعلي ﷺ. ولأن ميراثه لبيت المال. و« **الخراج بالضمان** »[1] والملتقط متبرع في الاتّفاق [٢٧٣/ب] عليه لعقد الولاية إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه للولاية.

قال: **فإن التقط رجل لم يكن لغيره أن يأخذه من يده.**

لسبق يده.

قال: **فإن ادّعى مدع أنه ابنه فالقول قوله.** هـ[2]

معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه. وهذا استحسان. والقياس أن لا يقبل قوله لتضمنه إبطال حقّ الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه. لأنّه يتشرف بالنسب ويعير لفقده.[3] وقيل يصحّ في حقّه دون إبطال يد الملتقط. ولو ادعاه الملتقط يصحّ قياساً واستحساناً. والأصحّ أنه على القياس والاستحسان.

قال: **وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به.**

لأن الظاهر شاهد له. وإن لم يصف فهو ابنهما. وإن سبقت دعوة أحدهما فابنه إلا إذا أقام الآخر بيّنة فله. لأنّ البيّنة أقوى.

قال: **وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قُراهم وادعى ذمّيّ أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً.**

لأنه صحت دعوته فيما ينفعه. وهو النسب لا فيما يضره. وهو إبطال الإسلام الثابت بالدار.

قال: **وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة كان ذمياً.**

---

[1] أبو داود السنن "**بيوع**" ٧١؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٥٣؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ١٥؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٤٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٩/٦.

[2] ه : هداية

[3] أ، ف، ق : بفقده

تبعاً للدار. وهذا إذا كان الواجد ذمياً. وإن كان مسلماً ففي رواية ابن سماعة عن محمد يعتبر الواحد تبعاً لليد ونظراً للصغير. وكذا إذا[1] وجده ذمّيّ في مكان المسلمين. وفي بعض النسخ يعتبر المكان فيهما.

قال: **ومن ادّعى أن اللقيط عبده لم تقبل منه.**

لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم بيّنة أنه عبده.

قال: **فإن ادّعى عبده أنه ابنه ثبت نسبه منه.**

لأنه ينفعه. وكان حراً لما مرّ أنه يثبت ما ينفعه لا ما يضره. والحر في دعوة اللقيط الولي من العبد والمسلم من الذمّيّ ترجيحاً للأنظر في حقه.

قال: **وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له.**

اعتبارا للظاهر. وكذا إذا كان مشدوداً على دابة[2] هو عليها ثمّ يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي. وقيل بغير أمره. لأنّ له ولاية الإنفاق عليه وشراء ما لا بدّ منه كالطعام والكسوة.

قال: **ولا يجوز تزويج الملتقط.**

لعدم سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة.

قال: **ولا يجوز تصرفه في مال اللقيط.**

يعني التجارة اعتباراً بالأم.

قال: **ويجوز أن يقبض له الهبة.**

لتمحضه نفعاً. ولهذا يملكه الصغير بنفسه.

قال: **ويسلمه في صناعة ويؤاجره.**

نظراً له كالأم. جص[3] ليس له ذلك كالعم. وهو الأصحّ. لأنّه لا يملك إتلاف منافعه. ولو بلغ فعقد عقوداً ثمّ أقرّ بالرق لإنسان فصدقه نفذ في حقّ نفسه دون فسخ المعقود كمن ابتاع عبداً ثمّ أقرّ بعتقه نفذ [٢٧٤/أ] في حقّه دون رجوعه على بائعه بالثمن. والله أعلم.

---

[1] أ : لو

[2] أ : – دابة

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن





٢٥ كتاب اللقطة

الأصل[1] في جواز اللقطة قوله تعالى ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾[2] وإنه من التعاون. وقوله ﷺ « **من وجد لقطة فليُشهدْ ذوي عدل** »[3]

قال: **اللقطة[4] أمانة إذا شهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها.**

---

1 صاحبها. فتح القدير ١١٨/٦.

2 المائدة ٢/٥

3 أبو داود السنن "**لقطة**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٧/٢٩؛ ابن أبي شيبة

4 نفسها. تبيين الحقائق ٣٠١/٣.

لأن الآخذ على هذا الوجه مأذون شرعاً بل هو الأفضل عند عامّة العلماء. والواجب إذا خاف الضياع. وإذا كان آخذه مأذوناً لا يكون المأخوذ مضموناً. وكذا إذا تصادقا أنه أخذها للمالك. لأنّ تصادقهما حجة في حقهما. ولو أقرّ أنه أخذه لنفسه يضمن إجماعاً. لأنّه أخذ مال الغير بغير إذنه وإذن الشرع. **ه**[1] **ك**[2] وإن لم يشهد. وقال أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عندهما. وقال أبو يوسف لا يضمن. والقول قوله. لأنّ الظاهر اختيار الحسبة. ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان. وهو أخذ مال الغير ثمّ ادّعى ما يبرئه.[3] ووقع الشك فيه فلا يبرأ وذكر في بعض الشروح قول محمد مع قول أبي يوسف ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه عليَّ. **جت**[4] إذا قال "عندي لقطة أو من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه عليَّ فهو إشهاد." وقيل إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذه لنفسه ضمن ديانة. وإن كان من عزمه التعريف مع ترك الإشهاد لا يضمن.

قال: **فإن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرفها أياماً. وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً.**

وهو رواية عن أبي حنيفة. وقوله "أياماً" يعني على حسب ما يرى. وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير. وبه مالك والشافعي لقوله ﷺ « **من التقط شيئاً فليعرفه سنة** »[5] وجه الأوّل إن أُبيا وجد مائة دينار فقال ﷺ « **عرفها حولاً ثمّ إن لم يجيء صاحبها فاخلِطْها بمالك** »[6] وروي فانتفع بها. والعشرة وما فوقها في معناه في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به لا ما دون العشرة. وأمر علياً أن يعرف اللقطة ثلاثة أيّام فحملناه على ما دون العشرة. **شس**[7] به. وعن أبي حنيفة اللقطة إذا كانت مائة عرفها حولاً. وإذا كانت عشرة عرفها شهراً. وفي ثلاثة دراهم جمعة. وفي درهم ثلاثة أيام. وفي دانق يوماً. وفي تمرة تصدق في مكانه. **ه**[8] وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم. ويفوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطالبها بعده ثمّ يتصدق. **ط**[9]

---

[1] ه : هداية

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[3] [illegible] البينة. مجمع الضمانات ٢٣٤/١.

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] الدارقطني السنن ١٨٢/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٦٦/٣.

[6] البخاري الصحيح **"لقطة"** ١؛ مسلم الصحيح **"لقطة"** ٩؛ أبو داود السنن **"لقطة"** ١؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٣٥؛ ابن ماجه السنن **"لقطة"** ٢؛أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٢٦/٥؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤١٤/٤.

[7] شس : شرح السرخسي

[8] ه : هداية

[9] ط : المحيط

قالوا وهذا دليل على أن من وجد لقطة فأشهد عليها شاهدين أنه يأخذها للمالك لا لنفسه أنه يكفي. ويكون[1] [٢٧٤/ب] تعريفاً. قلت ولا بدّ من معرفة التعريف. **سبج**[2] أنّما[3] يكون على أبواب المساجد والأسواق. **ك**[4] يقول في الأسواق والمشاهد من ضاع له شيء فليطلب عندي. وإن كانت شيئاً لا بقى تعرفه بقدر ما يرى. **هـ**[5] فإذا خاف الفساد تصدق به. وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها. فإنه أقرب إلى الوصول إلى صاحبها وما لا يطلبها صاحبها غالباً كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فجاز الانتفاع به من غير تعريف. ولكنه متبقي على ملك مالكها. لأنّ التمليك من المجهول لا يصحّ. قلت ويعرف منه واقعة ابتلى بها المساكين والأرامل أن السنابل التي تبقى في الكرد بعد رفع الحصاد مبقاة على ملك مالكها فمتى نهاهم يحرم التقاطها. ويجب عليهم ردها إذا كانت لها قيمة. ومتى التقطها فله أخذها منهم. **جع**[6] التعريف إلى ولي الصبي والوارث.

قال: **فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها.**

اتصالاً للحق إلى المستحقّ بقدر الإمكان. وذلك باتصال عينها عند الظفر لصاحبها[7] وإيصال العوض. وهو الثواب باعتبار إجازة التصدق.

قال: **وإن جاء صاحبها فهو بالخيار. إن شاء أمضى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن الفقير.**

والأصل فيه ما روي أن ابن مسعود ﷺ اشترى جارية بتسعمائة فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فتصدق بالثمن. وقال الأجر لصاحبه إن رضى. وإن أبى فالأجر لنا. وعلينا الضمان. ثمّ قال وهكذا يفعل باللقطة. ولأن الصدقة لم يحصل بإذن المالك. فتوقفت على إجازته. والملك يثبت للفقير قبل الإجازة. فلا يتوقف الإجازة على قيام المحلّ بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الإجازة. وله أن يأخذها من الفقير إن كان قائماً. لأنّه عين ملكه. وإلا فله تضمينه. وإن حصل التصدق بإذن الشرع. لأنّه أخذه بغير إذن المالك كتناول مال الغير حالة المخمصة. ومتى ضمن أحدهما لا يرجع على صاحبها بشيء.[8]

قال: **ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير.**

---

[1] أ، ف، ق : + ذلك
[2] سبج : اسبيجابي
[3] أ، ف، ق : التعريف أنّما
[4] ك : الكفاية للبيهقي
[5] هـ : هداية
[6] جع : جمع العلوم للبقالي
[7] أ، ف، ق : بصاحبها
[8] أ : - بشيء

وقال مالك والشافعي إذا وجد البقر والبعير والفرس في الصحراء فالترك أفضل. لأنّ الأصل في أخذ مال الغير الحرمة. وإنما أبيح مخافة الضياع. فإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع. لكنّه يتوهم فيقتضي الكراهة. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها محافظة على أموال الناس كما في الشاة.[1]

قال: **فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع.**

لعدم ولايته على المالك.

قال: **فإن أنفق بأمره كان ديناً على صاحبه.**

لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له. وقد يكون النظر في الإنفاق. [٢٧٥/أ]

قال: **وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه. فإن كان للبهيمة منفعة آجرها. وأنفق عليها من أجرتها.**

لأن فيه إبقاء العين على مالكها من غير إلزام دين عليه. وكذلك يفعل بالعبد الآبق.

قال: **وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن يستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها.**

إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة.

قال: **فإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن له في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالكها.**

نظراً للجانبين. ه[2] قالوا إنّما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها. فإذا لم يظهر يأمر ببيعها. لأنّه قد يستأصلها النفقة الدارّة فيعود النظر ضرراً. وفي الأصل شرط إقامة البيّنة. وهو الصحيح. لأنّه يحتمل أن يكون غصباً في يده. ولا يأمر فيه بالإنفاق. وإنما يأمر في الوديعة. فلا بدّ من البيّنة لكشف الحال لا للقضاء. فإن قال "لا بيّنة لي" يقول له القاضي "أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت" حتّى يرجع على مالكها إن كان صادقاً. ولا يرجع إن كان غاصباً. وقوله وجعل النفقة ديناً على صاحبها[3] إشارة إلى أنه إنّما يرجع على المالك بعد ما حضر. ولم يبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع عليه. وهو أصحّ الروايتين.

---

[1] أ، ف : كالشاة

[2] ه : هداية

[3] أ، ف : مالكها

قال: **وإذا حضر مالكها[1] فللملتقط أن يمنعها منه حتّى يأخذ النفقة.**

لأنه حيي بنفقته فأشبه المبيع والآبق بعد الردّ. ولو هلكت في يده قبل الحبس لا يسقط دين النفقة. ويسقط بعد الحبس كالرهن.

قال: **ولقطة الحل والحرم سواء.**

وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم إلا أن يجيء صاحبها لقوله ﷺ في الحرم[2] « **ولا يحلّ لقطتها إلا لِمُنشِدها** »[3] ولنا قوله ﷺ « **اعرف عِفاصَها ووِكاءَها ثمّ عرِّفْها سنةً** »[4] من غير فصل ولأنهما يستويان في الملك. وتأويل ما روي أنه لا يحلّ الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالجرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرماء ظاهراً.

قال: **وإذا حضر رجل فادعى أن اللقطة له لم يدفع إليه حتّى يقيم البيّنة.**

لأنه يمتنع التصرّف في مال غيره إلا بحجة.

قال: **فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه. ولا يجبر على ذلك في القضاء.**

وقال مالك والشافعي يجبر. والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن الملتقط ينازعه في اليد. ولا ينازعه في الملك فيشرط لوجود المنازعة من وجه. ولا يشترط البيّنة لعدم المنازعة من وجه. ولنا أن اليد حقّ مقصود كالملك. فلا يستحقّ إلا ببينة اعتباراً بالملك. لكنّه يحل [٢٧٥/ب] له الدفع عند العلامة لقوله ﷺ « **فإن جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فادفعها إليه** »[5] وهذا للإباحة عملاً بالمشهور. وهو قوله ﷺ « **البيّنة على المدّعي** »[6] ويأخذ منه كفيلاً إذا دفعها إليه استيثاقاً إجماعاً. لأنّه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده. وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة. وقيل يجبر لعدم ظهور مالكه.

قال: **ولا يتصدق باللقطة على غني.**

---

[1] ف : - مالكها

[2] في بلد مكة

[3] البخاري الصحيح **"علم"** ٣٩؛ مسلم الصحيح **"لقطة"** ٧؛ نيل اللأوتار **"لقطة"** ٧٠/٦.

[4] البخاري الصحيح **"لقطة"** ١؛ مسلم الصحيح **"لقطة"** ٩؛ أبو داود السنن **"لقطة"** ١؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٣٥؛ ابن ماجه السنن **"لقطة"** ٢؛أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٢٦/٥؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤١٤/٤.

[5] البخاري الصحيح **"لقطة"** ١؛ مسلم الصحيح **"لقطة"** ٩؛ أبو داود السنن **"لقطة"** ١؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٣٥؛ ابن ماجه السنن **"لقطة"** ٢.

[6] الدارقطني السنن ١١٠/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٢٨/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٢٦/٤؛ ينظر البخاري الصحيح **"رهن"** ٦؛ مسلم الصحيح **"عقدية"** ١؛ أبو داود السنن **"عقدية"** ٢٣؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ١٢ بلفظ "البيّنة على المدّعي واليمين على المدعى عليه"

لقوله ﷺ « **فإن لم يأتِ يعني صاحبها فليتصدقْ به** »[1] والصدقة أنّما تكون على الفقير كالصدقة المفروضة.

قال: **وإن كان الملتقط غنياً لم يجز أن ينتفع بها.**

وقال الشافعي يجوز لما مرّ في حديث أُبي رضي الله عنه. « **فإن جاء صاحبها فادفعها إليه** »[2] وإلا فانتفع بها وإن كان غنياً. ولأن الغني أقدر على أداء الضمان من الفقير. ولنا أنه مال الغير. فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه. والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فبقى ما وراءه على الأصل. ولأن التصدق بالفقير اتصال عوض ماله إليه. وهو الثواب في العقبى بخلاف الغني وانتفاع أبي كان بإذن الإمام. وهو جائز بإذنه.

قال: **وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينفقها.**

لما فيه من النظر للجانبين. ولهذا جاز الدفع إلى فقير آخر.

قال: **ويجوز أن يتصدق بها إذا كان غنياً على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء.**

لما ذكرنا. **جش**[3] **ط**[4] الغاصب[5] لم يظفر بالمغصوب منه يمكسه ما دام على رجاء وجدانه. فإذا آيس تصدق به بشرط الضمان إذا لم يجز صاحبه. والأحسن أن يدفعه إلى الإمام. وكذا اللقطة. **جش**[6] في نوادر ابن رشيد[7] عن محمد فمن أصاب متاعاً حراماً وأوصى أن يتصدق به عن أصحابه قال "انعرف صاحبه رده إليهم[8] وإلا يتصدق بنيته. وإن لم ينفذه الورثة وقالوا مورثنا أراد ضررنا يتصدق منه بمقدار ثلثه. وفي مسائل ابن سهيل[9] عن أبي بكر الرازي ومن عليه ديون ومظالم لا يعرف أربابها وآيس من العلم بهم فعليه التصدق بقدرها من ماله. وإن استغرقت جميع ماله هذا مذهب أصحابنا. لا نعلم بينهم خلافاً كمن في يده عروض

---

[1] الدارقطني السنن ١٨٢/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٦٨/٣.

[2] البخاري الصحيح **"لقطة"** ١؛ مسلم الصحيح **"لقطة"** ٩؛ أبو داود السنن **"لقطة"** ١؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٣٥؛ ابن ماجه السنن **"لقطة"** ٢.

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] ف : + لإذا

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[7] القرشي الجواهر المضيئة ٢٣٧/١.

[8] أ، ف : إليه

[9] حوثرة بن سهيل ١٣٢ هـ حوثرة

الزركلي الأعلام ٢٨٨/٢.

لا يعلم مستحقّها اعتباراً للديون بالأعيان. ومتى فعل ذلك سقط عنه مطالبة أصحاب الديون في الآخرة. قلت وقد مر بي مثله في الفتاوى الظهيرية[1] في المظالم والديون التي آيس من وجدان أصحابها أنه يتصدق[2] عن أربابها بنيته. ولا يلزمه الوصية بعده. والتصدق بيده في زماننا أولى من الدفع إلى الحاكم. وقد مر بي في كتاب التوبة لقاضي القضاة عبد الجبار المتكلم أن الواجب فيها أن يتصدق بنفسه. ولا يلقيه في يد غيره. لأنّه لا يعلم أنه [٢٧٦/أ] هل يؤديها إلى مستحقّها أم لا؟ والتقط اللقطة فضاعت منه ثمّ وجدها في يد غيره فلا خصومة بينهما بخلاف الوديعة. والله أعلم.[3]

والله أعلم





٢٦ كتاب الخنثى

قال: **إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى.[1] فإن كان يبول من الذكر فهو غلام. وإن كان يبول[2] من الفرج فهي أنثى.**

لحديث أبو عباس رضي الله عنه أنه قال « **سئل النبي عليه السلام عنه كيف يورث فقال من حيث يبول** »[3] وعن علي رضي الله عنه وجماعة من السلف مثله. ولأن البول منه دليل على أنه العضو الأصلي.

قال: **فإن كان يبول منهما والبول يسبق من أحدهما نسب إلى الأسبق.**

---

[1] [illegible] العلامة. تحفة الفقهاء [illegible]

[2] [illegible] ذلك. المبسوط ١٠٣/٣٠.

[3] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٧٧/٦؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٠٨/١٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٦١/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٩٠/٤.

لأن ابتداره عليه[1] علامة ظاهرة أنه المجري الأصلي والانصراف عنه بعارض العيب.

قال: **فإن كانا في السبق سواء فلا يعتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالا ينسب إلى أكثرهما بولاً.**

لأنه علامة قوّة ذلك العضو. وقوته تدل على أصالته. ولأن للأكثر حكم الكلّ في الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج قد يكون لاتساع المخرج. وحكى أن أبا حنيفة قال لأبي يوسف هل رأيت قاضياً يزن البول؟

قال: **وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحيته أو وصل إلى النساء فهو رجل.** هـ[2]

وكذا إذا احتلم احتلام الرجال أو له ثدي مستو. لأنها من علامات الذكران.

قال: **ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهي امرأة.**

لأنها من علامات النسوان.

قال: **وإن لم تظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل.** هـ[3]

وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

قال: **وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء.**

أخذاً بالأحوط في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. فلو تخلل الرجال واحتمل أنه امرأة فسدت صلاتهم. ولو تخلل النساء واحتمل أنه رجل يفسد عليه صلاته إذ ذاك فتحزر عنهما. فإن قام في صف النساء يعيد صلاته احتياطاً لاحتمال ذكورته بخلاف ما إذا قام في صف الرجال. ويعيد ميامنه ومياسره ومن خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال أنوثته. ويجلس في صلاته جلوس المرأة. لأنّ الستر على النساء واجب ما أمكن. وإن صلى بغير قناع يؤمر بإعادتها استحساناً.

قال: **ويبتاع له أمة اختتنه[4] إن كان له مال.**

---

[1] أ، ف، ق : إليه

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

[4] ف : تختنه

لأنه لا يباح للملوكة النظر إليه. ه[1] شق[2] رجلا كان أو امرأة. قلت وفيه إشكال. لأنه لا يجوز للملوكة النظر إلى فرج مولاتها. لكن الضرورة مست إليه وختان مملوكته أهون الأمرين لإباحة النظر [٢٧٦/ب] إليه على أحد التقديرين.

قال: **وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام من بيت المال.**

لأنه أعد لنوائب المسلمين.

قال: **فإذا اختتنه باعها ورد ثمنها إلى بيت المال.**

لاستغنائه عنها. ه[3] ويكره له لبس الحرير والحلي وأن ينكشف قدام الرجال أو النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال توقياً عن احتمال المحرم. وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه. وقال محمد يلبس لباس المرأة. ولا شيء عليه. لأنّه لم يبلغ. ولو قال لأمته أوّل غلام تلدينه حر فولدت خنثى لا يعتق حتّى يستبين أمره.[4] وكذا لو قال "كلّ غلام لي" أو قال "كلّ أمة لي." ولو قال "كلّ غلام وأمة لي حر" عتق للتيقن بأحد الوصفين. ولو قال الخنثى "أنا رجل" أو قال "أنا امرأة" لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً. لأنّ دعواه يخالف الدليل. فإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل. لأنّه أعلم بحاله. وإن مات قبل تبين حاله لم يغسله رجل ولا امرأة. ويتيمم بالصعيد لتعذر غسله. وإن سجّى قبره فهو أحب. ويجعل الخنثى الميت في صلاته خلف الرجال وأمام المرأة. وإذا دفن مع رجل في قبره لعذر يؤخر عنه وامرأة يقدم عليها. ويحجر بينهما بصعيد. والأحب أن يكفن تكفين المرأة في خمسة أثواب إذ لا بأس بالزيادة على الثلاثة في حقّ[5] الرجل.

قال: **وإن مات أبوه وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما. عند أبي حنيفة للأبن سهمان وللخنثى سهم. وهو أثنى عنده في الميراث إلا أن يثبت غير ذلك. وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى. وهو قول الشعبي. واختلفا في قياس قوله. قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة. للابن أربعة وللخنثى ثلاثة.**

وقال الشافعي للخنثى أقلهما. ويوقف الزيادة على نصيبه حتّى تبين أمره أو يصطلح مع الورثة. وقال في هذه المسألة للخنثى الثلث وللأبن النصف ونصف السدس. ويوقف بقيته أخذاً بالاحتياط. وجه

---

[1] ه : هداية

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[4] أمره. المبسوط ١٣٢/٧.

[5] ف : - حق

قول أبي حنيفة "إنا تيقنا بأقل النصيبين وشككنا في الزيادة" والمال لا يجب بالشك. وقوله إلا أن يثبت غير ذلك يحتمل أن يريد إلا أن يثبت ذكورته. ويحتمل أن يريد به. وهو الأظهر إلا أن يثبت[1] للذكر أقلّ النصيبين. فيقدر ذكراً كمن ماتت زوج وأم وخنثى لأب وأم أولأب. فلو كان ذكراً فله ما بقي وهو السدس. وإن كان أنثى فلها النصف. وجه قول أبي يوسف أن الابن لو انفرد يستحقّ كلّ المال. والخنثى لو انفرد تستحقّ ثلاثة أرباعه. فعند الاجتماع تضرب كلّ واحد منهما بقدر حقّه الابن بأربعة والخنثى بثلاثة أو يقول إن كان ذكراً فله سهم وللإبن سهم. وإن كان أنثى فله [٢٧٧/أ] نصف سهم وللابن سهم فللخنثى سهم ونصف في الحالين. فيعطى نصف ذلك. وهو ثلاثة أرباع سهم وللابن سهم تام. وهو أربعة. فكانت سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً فالمال بينهما نصفان. ولو كان أنثى فأثلاثاً. فحد مخرج النصف والثلث. وذلك ستة .فللخنثى سهمان في حال وثلاثة في حال فسهمان يتناوله بيقين. والثالث ثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون له سهماً ونصف فضعفاه ليزول الكسر فصار اثنى عشر للخنثى خمسة وللأبن سبعة. ثمّ إذا أردت تفاوت بين التخريجين فأضرب أحد المخرجين في الآخر السبعة في اثنى عشر فيصير أربعة وثمانين. ثمّ أضرب نصيبه من السبعة. وذلك ثلاثة في اثنى عشر فيصير ستة وثلاثين وأضرب أربعة الابن في اثني عشر فيصير ثمانية وأربعين. فهذا قسمة أبي يوسف. ثمّ أضرب نصيبه من اثني عشر. وذلك خمسة في المخرج الآخر. وهو سبعة فيصير خمسة وثلاثين وسبعة الأبن في سبعة. فتصير تسعة وأربعين. فيصيب الخنثى عند محمد خمسة وثلاثون. وعند أبي يوسف ستة وثلاثون.

والأصول ما قاله محمد. لأنّ ميراث الذكر من أربعة وثمانين اثنان وأربعون فنصفها أحد وعشرون. وميراث الأنثى منها ثمانية وعشرون فنصفها أربعة عشر. فإذا جمعتهما صار خمسة وثلاثين فصح أن نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى خمسة وثلاثون كما ذهب إليه محمد لا ستة وثلاثون ثمّ طريق يخرج سائر مسائل الخنثى أن يدفع إليه ما يثبت إليه بيقين. وما ثبت في حال دون حال يتنصف. وإن ثبت له في حال دون حالين أو على العكس. فأجعل أحوال الإصابة حالة واحدة وأحوال الحرمان أحوالاً على الأصح.

[1] أ، ف، ق : + أن





٢٧ كتاب المفقود

قال:[١] **إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت؟ نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه.**

لأن للقاضي ولاية حفظ مال العاجز نظراً له. فله نصب الحافظ اعتباراً بالصبي والمجنون. ه[٢] شق[٣] له قبض غلاته وكل دين وجب بعقده أو أقرّ به غريمه. لأنّه من الحفظ ولا يخاصم في الدين المجحود الذي وجب بعقد المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل. لأنّه ليس بمالك ولا نائب عنه. إنّما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي. وإنه لا يملك الخصومة بالإجماع. ولو قضى به صحّ. لأنّ القضاء على الغائب مجتهد فيه. ثمّ ما يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي نظراً لهما كاللقطة. [٢٧٧/ب] ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها. لأنّه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله.

باستصحاب الحال فإنه علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب

الاستحقاق وليس بحجة. المبسوط ١١/٣٤.

٢ ه : هداية

٣ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

قال: **وينفق[1] على زوجته وأولاده من ماله.**

ومن ينتمي إليه بقرابة الولاد كالآباء والأجداد دون القرابة المتوسطة والبعيدة إعانة على البر. والأصل فيه أن كلّ من يستحقّ النفقة في ماله حال حضوره بغير قضاء ينفق عليه عند غيبته كالإناث والذكور الصغار والزمني الكبار وكل من لا يستحقّها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه لتضمنه القضاء على الغائب. وإنه ممتنع. شق[2]هـ[3] وقوله "من ماله" أراد به الدراهم والدنانير.

قلت وكذا كلّ ما كان من حقهم من المثليات. وهذا إذا كانت في يد القاضي. فأما إذا كانت وديعة أو ديناً ينفق عليها إذا أقرّ المودع والمديون بالقرابة والحق وإذا كان ظاهرين عند القاضي أو أحدهما لا حاجة إلى الإقرار به. وإذا لم يقر به ولم يظهر عند القاضي لم ينتصب المودع والمديون خصماً على الغائب لعدم تعين هذا المال لنفقتهم. ولو اتفقا بغير إذن القاضي كانا متبرعين.

قال: **ولا يفرق بينه وبين امرأته.**

وقال مالك إذا مضى أربع سنين فرق القاضي بينهما. ويعتد عدة الوفاة. ثمّ تتزوّج بمن شاءت. هكذا قضى عمر رضي الله عنه في الذي استهواه الجن في المدينة. وكفى به إماماً. ولأنه منع حقها بالغيبة. فيفرق بعد مدّة كالإيلاء والعنة. ولنا قول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتّى تستيقن بموت أو طلاق. وروي حتّى تستبين موت أو طلاق ولأن النكاح ثابت بيقين. فلا يزول بالشك. شق[4] وعن علي رضي الله عنه في امرأة نُعِي إليها زوجُها فتزوّجت ثمّ قدم الأوّل يفرق بينها وبين الثاني. ولها المهر عليه بما استحل من فرجها. ولا يقربها الأولى حتّى تنقضي عدتها. وهذا مذهبنا. وعن عمر رضي الله عنه أن الزوج يخير إن شاء أخذ مهرها ويتركها. وإن شاء أخذ امرأته. وعن ابن أبي ليلى رجع عمر رضي الله عنه عن ثلاث قضيات إلى قول علي رضي الله عنه في التي تزوّجت في عدتها وفي المفقود زوجها وفيمن نُعى إليها زوجها.

قال: **فإذا تمّ له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته. واعتدت امرأته وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت.**

---

[1] أ : نفق

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ه : هداية

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

لأنه أقصى ما يعيش المرء منا[1] عادة. وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وفي ظاهر المذهب بموت الأقران. وعن أبي يوسف مائة سنة. وقيل سبعون. هـ[2] الأقيس تسعون سنة فمتى حكم بموته تعتبر الأحكام المتعلّقة به من ذلك الوقت.

قال: **ومن مات منهم قبل ذلك لم يرث منه.**

لأنه مات قبل موته حكماً.

قال: **ولا يرث المفقود** [٢٧٨/أ] **من أحد مات في حال فقده.**

لأن بقاءه[3] حياً باستصحاب الحال. وإنه يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق لمعارضته بمثله. لأنّ الاستحقاق لم يكن. والأصل بقاؤه على العدم. وكذا لو أوصى للمفقود ومات الموصي. هـ[4] ثم الأصل لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به. لكن ينتقص حقّه به يعطي أقلّ النصيبين. وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً. وتوقف الباقي كمن مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن والمال في يد أجنبي وتصادقوا على فقد الابن يعطى البنتان النصف. لأنّه متيقّن. ويوقف النصف. ولا يعطى ولد الابن بحجبه بالمفقود اعتباراً بالحمل. ولا ينزع ماله من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه[5] خيانة.[6]

---

[1] أ : – منا
[2] ه : هداية
[3] ق : + لا
[4] ه : هداية
[5] ق : – منه
[6] أ، ف : + والله أعلم



بسم الله الرحمن الرحيم

٢٨ كتاب الإباق

أخذ[1] الآبق أفضل من تركه في حقّه من يقوى عليه لما فيه من أحيائه. وأما الضال فقيل كذلك. وقيل تركه أفضل. لأنّه لا يبرح مكانه فيجده المالك. ولا كذلك الآبق. ثمّ أخذ الآبق يأتي به السلطان. لأنّه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة. ثمّ إذا رجع[2] الآبق إليه يحبسه. لأنّه لا يؤمن الأباق ثانياً بخلاف الضال.

قال: **إذا أبق[3] المملوك فردّه رجل على مولاه من مسيرة ثلاثة أيّام فصاعداً فله عليه الجُعل أربعون درهماً. وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه.**

استحساناً. ولا شيء له قياساً إلا بالشرط كالضال. وبه الشافعي. ولنا اتفاق الصحابة على وجوب أصل الجعل. لكن منهم من أوجب أربعين ومنهم دونه فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها

[illegible] تامة. فتح القدير ٦/١٣٣.

فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً. والقسمة فيما دونه برأي القاضي أو بالأيام. قلت وهذا إذا شهد عند الأخذ حتّى لو رده من لم يشهد لا جعل له عندهما خلاف أبي يوسف على ما مرّ في اللقطة.

قال: **وإن كانت قيمته أقلّ من أربعين يقضي له بقيمته إلا درهماً.**

وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف له أربعون درهماً. لأنّه ثبت بالنص فلا ينقص. ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة. ويجوز بالأقل. ولمحمد أن الردّ لفائدة المالك فينقص شيء تحقيقاً للفائدة. هـ[1] وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن. ولا جعل في ردهما بعد الموت. لأنهما حران. ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل له. لأنهم يتبرعون بالرد عادة.

قال: **وإن أبق من الذي رده فلا شيء له. وينبغي أن يشهد إذا أخذه أنه يأخذه ليردّه.**

لأنه بمنزلة البائع من المالك حتّى جاز له حبس الآبق لاستيفاء الجعل. ولو مات في يده لا شيء له [٢٧٨/ب] عليه. ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً. وكذا إذا باعه عن الراد. ولو اشتراه رجل من الآخذ أو اتهبه أو ورثه ورده على مولاه لا جعل له. لأنّه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه يشتريه للردّ. وفي بعض النسخ فلا شيء عليه. لأنّه أمانة في يده.

قال: **فإن كان العبد الآبق رهناً فالجُعل على المرتهن.**

لأنه إحياء ماليته بالرد. وهي حقّه. لأنّ الاستيفاء منها. وهذا إذا كان قيمته مثل الدين أو أقلّ. فإن كانت أكثر فتقدر الدين عليه. والباقي على الراهن. لأنّ حقّه بالقدر المضمون. وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية[2] بالفداء. وإن كان[3] الآبق مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين. وإن بيع بدئ بالجعل. والباقي للغرماء. لأنّه مؤونة الملك. وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه. وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم. وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له. وإن رجع الواهب في هبته بعد الردّ وإن كان لصبي فالجعل في ماله. لأنّه مؤنة ملكه. وإن رده وصيه فلا جعل له. لأنّ الحفظ عليه.[4]

---

[1] ه : هداية
[2] أ : الخلابة
[3] أ : - كان
[4] أ، ق : + والله أعلم



بسم الله الرحمن الرحيم

٢٩ كتاب إحياء الموات

الأصل في هذه التسمية قوله تعالى ﴿ **كيف يُحي الأرض بعد موتها** ﴾[١] وقوله ﷺ « **من أحيا أرضاً ميِّتةً فهي له** »[٢]

قال: **الموات ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنها أو لغلبة الماء عليها أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة.**

سمي بذلك لبطلان الانتفاع به كالحي إذا مات.

قال: **فما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكا[٣] في الإسلام لا يعلم له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث؛ إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح فلم يسمع الصوت فيه فهو موات.**[٥] هـ[٦]

---

[١] الروم ٣٠/٥٠

[٢] البخاري الصحيح "**مزارعة**" ١٣؛ أبو داود السنن "**خراج**" ٣٥؛ الترمذي السنن

العادي ما قدم خرابه. وعن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمّيّ مع انقطاع الارتفاع بها ليكون ميتة مطلقاً. وإذا كان مملوكاً لأحدهما لا يكون مواتاً. وإذا لم يعرف مالكه فهو لجماعة المسلمين. ولو ظهر له مالك ترد عليه. ويضمن الزارع نقصانها. شق[1] وقال الشافعي إن كان من أملاك المسلمين لم يملك بالإحياء. وإن كان من أملاك الكفار ففي وجه يملك بالإحياء وفي وجه يملك تملك الغنيمة بتمليك الإمام لا بالإحياء. هـ[2] وحد البعد الذي ذكره قول أبي يوسف. لأنّ الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه. ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة. وإن قرب من القرية. وبه شب[3] واختار شس[4] قول أبي يوسف. وقال الشافعي ما قرب من العامر يملك بالإحياء لإطلاق النص إلا ما لا بد [٢٧٩/أ] للعامر منه كفنائه وحقوقه كالطرق ومجرى الماء ومسيلة ونحوها. ولنا أن ما يبلغه الصوت يحتاج إليه أهل القرية لمرعى مواشيهم ومطارح غلاتهم وإخراج فاضل مياههم.

قال: **من أحياه بإذن الإمام ملكه. وإن أحياه بغير إذن الإمام لم يملكه عند أبي حنيفة. وقالا يملكه.**

وبه[5] الشافعي لقوله ﷺ « **من أحيا أرضاً ميّتةً فهي له** »[6] ولأنه مباح سبقت إليه يده فيملكه كالحطب والصيد. ولأبي حنيفة قوله ﷺ « **ليس للمرء إلا ما طابتْ به نفسُ إمامه** »[7] وما رواه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع. ولأنه تعلق بها حقّ جماعة المسلمين فلا يختصّ به أحداً إلا بإذن الإمام كالغنائم. ويجب فيه العسر. لأنّ ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج. فلو أحياها ثمّ تركها فزرعها غيره. فقيل الثاني أحقّ بها. والأصحّ أن الأوّل يزرعها من الثاني. لأنّه ملكها بالإحياء. وملكه لا يزول بالترك. ومن أحيا أرضاً ميتة ثمّ أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة يقر على التعاقب. فعن محمد أن طريق الأوّل في الأرض الرابعة لتعينه لتطرقه.

قال: **ويملكه الذمّيّ بالإحياء كما يملك المسلم.**

لاستوائهما في أسباب الملك.

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] ه : هداية

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] ف : + قال

[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[6] البخاري الصحيح "**مزارعة**" ١٣؛ أبو داود السنن "**خراج**" ٣٥؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٣٨.

[7] الطبراني "**المعجم الكبير**" ٢٠/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٤٨/٤.

قال: **ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره.**

لما روي أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث[1] رضي الله عنه العقيق أجمع فقال له عمر رضي الله عنه إنه ﷺ لم يقطعك إلا لتعمره و لم يقطعك لتحتجبه عن الناس. وأقطع عمر رضي الله عنه العقيق بمحضر الصحابة من غير نكير. ولأن التحجير ليس بإحياء. فإن الإحياء هو العمارة والتحجير الإعلام بوضع الإحجار حوله أو الإعلام بحجر غيره عن إحيائه فبقى غير مملوك فيدفعه إلى غيره تحصيلاً للمقصود منه. وهو حصول العشر والخراج للمسلمين. وإنما[2] شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه « **وليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حقّ** »[3] هـ[4] قالوا هذا كله ديانة. فأما إذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدّة ملكها لتحقق الإحياء منه. وصار كالاستيام يكره. ولو فعل يجوز لعقد ثمّ التحجر قد يكون لغير الحجر بغير الحجر بأن غرز حولها أغصاناً يابسة أو نفى الأرض أو أحرق شوكها أو حصد حشيشها أو شوكها وجعلها حقّ لها أو جعل التراب عليها من غير أن يتمّ المسناة أو حفر من بئر ذراعاً أو ذراعين. وفي الأخير ورد الخبر. ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء. ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً. ولو حفر أنهارها و لم يسقها يكون تحجيراً. وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين. ولو حوطها وسنها بحيث يعصم [٢٧٩/ب] الماء يكون إحياء. لأنّه من جملة البناء. وكذا إذا بزرها.

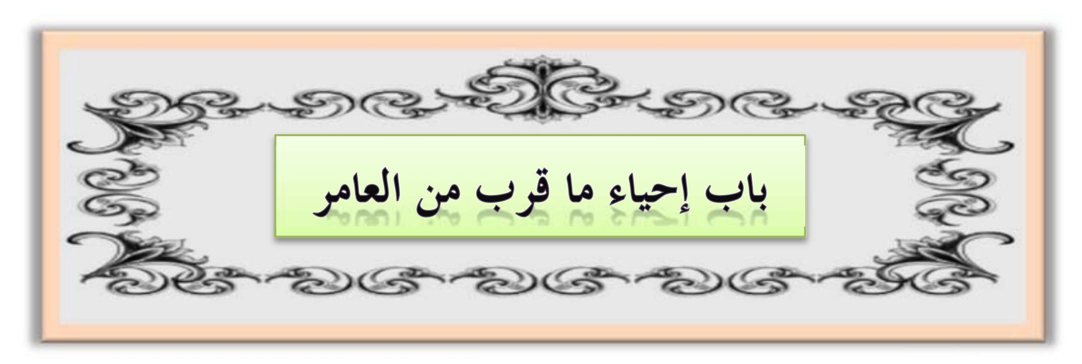
---

[1] الزركلي الأعلام ٧٢/٢.

[2] ف : - إنما

[3] أبو داود السنن "**خراج**" ٣٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٠٤/٣؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٨٦/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩٩/٦.

[4] ه : هداية



٢٩. ١ باب إحياء ما قرب من العامر

قال: **ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصادهم.**

لتعلق حقهم بها لحاجتهم إليها غالباً. وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والأبار التي يستقي الناس منها لما مر.[1]

قال: **ومن حفر بئراً في برية فله حريمها**

إذا حفر في أرض موات عنده بإذن الإمام وعندهما مطلقاً. لأنّ حفر البئر إحياء.

قال: **فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعاً.**

لقوله ﷺ « **من حفَر بئراً فله مِمّا حولَها أربعون ذراعاً عَطَناً لِماشِيتِه** »[2] ثمّ قيل الأربعون من كلّ الجوانب. والصحيح أنه من كلّ جانب. لأنّ في الأراضي رخوة. فيتحول الماء إلى ما حفر دونها.

قال: **وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً.**

وهذا عندهما. وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً. لهما قوله ﷺ « **حريمُ العينِ خمْسُمائةِ ذِراعٍ وحريمُ بئرِ العَطَنِ أربعون ذراعاً وحريمُ الناضحِ ستون ذراعاً** »[3] ولأنه يحتاج إلى تسير دابته للاستقاء. وقد يطول الرشا وبئر العطن للاستقاء بيده. فقلت الحاجة فلا بدّ من التفاوت. وله ما روينا من غير فصل. والعمل بالعام المتّفق على قبول أولى من العمل بالخاصّ المختلف. ولأنه قد يستقي من العطن بالناضح ومن الناضح باليد. ويمكن إدارة البعير حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسافة.

قال: **وإن كان عيناً فحريمها خمسمائة ذراع.**

---

[2] الدارمي السنن "**بيوع**" **٨٢**؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" **٢٢**؛ الزيلعي "**نصب الراية**" **٣٤٩/٤**.

[3] الزيلعي "**نصب الراية**" **٣٥٠/٤**.

لما روينا. ولأن العين تستخرج للزراعة. فلا بدّ من حوض يجمع فيه الماء وموضع يجري فيه إلى الزراعة فمست الحاجة إلى الزيادة. والأصحّ أنه خمسمائة من كلّ جانب. ه[1] وقيل أن التقدير في البئر والعين بما ذكر في أراضيهم لصلابتها. وأراضينا[2] رخوة. فيراد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول.

قلت وقع في أكثر نسخ هذا الكتاب. فإن كان عيناً فحريمها ثلاثمائة ذراع. وفي التحفة السمرقندية والبداية والهداية وغيرها فحريمها خمسمائة ذراع. شق[3] وإن كان عيناً فحريمها ثلاثمائة ذراع. وذكر فيه وجهاً ثمّ قال وقد روي أيضاً فيه أثر. وقد ذكر الطحاوي أن حريمها خمسمائة ذراع. قلت فالحاصل أن حريم العين مختلف فيه. لكن الأظهر أنه خمسمائة ذراع لورود النص الصريح عليه.

قال: **فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه.**

كيلا يؤدّي إلى تفويت حقّه. لأنّ بحرفها ملك حريمها. ه[4] فإن حفر آخر في حريمها فللأول كبسها.[5] وإن شاء أخذ الثاني بكبسها كمن ألقى كناسة في دار غيره يؤخذ برفعها. وقيل يضمنه النقصان. ثمّ يكبسها بنفسه كمن هدم جدار غيره. وهو الصحيح. وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه. لأنّه غير متعد. [٢٨٠/أ] أما إذا كان بإذن الإمام فظاهر. وكذا بغير إذنه عندهما. وعند أبي حنيفة أيضاً. لأنّ الحفر تحجير عنده. وهو بسبيل منه وما عطب في الثانية ففيه الضمان. وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأوّل فذهب ماؤه إليها فلا شيء عليه. لأنّه غير متعد. والقناة له حريم بقدر ما يصلحها. وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم. وقيل هو عندهما. وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هي بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع. والشجر التي تغرس في أرض موات لها حريم حتّى لم يكن لغيره أن يغرس في حريمها ليتخذ[6] ثمرة ويضعها فيه. وهو مقدّر بخمسمائة ذراع بالحديث.

قال: **وما ترك الفرات والدجلة وعدل عنه وتجوز عوده إليه.**

لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إليه. وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر يملكه من أحياه بإذن الإمام. لأنّه ليس في ملك أحد.

---

١ ه : هداية

٢ أ، ق : وفي أراضينا

٣ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

... الأول. لسان الحكام ٢٨٢/١.

٦ أ، ف، ق : ليجد

قال: **ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريمه عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بيّنة على ذلك. وقالا[1] له مسناة النهر يمشي عليها. ويلقي عليها طينه.** **ه**[2] **شط**[3]

قيل المسألة بناء على من أحيا نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحقّ الحريم عنده. وعندهما يتسحق. لأنّ النهر لا ينتفع به إلا بالحريم للمشي. ويسيل الماء وإلقاء الطين اعتباراً بالبئر. ولأبي حنيفة أن ملك الحريم على منافاة الدليل. وثبوته في البئر لتعذر الاستقاء بدون الحريم. ولا كذلك النهر. لأنّه يمكن بسبيل الماء بدون الحريم. ووجه البناء أن باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه. والقول قول صاحب اليد. وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه المائة. ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه. وله أنه أشبه بالأرض صورة لاستوائهما. ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة فكان الظاهر شاهداً له كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما. والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما. يقضى للذي في يده ما أشبه بالمتنازع فيه. ولا نزاع فيما به استمساك الماء. إنّما النزاع فيما وراءه. والخلاف في مسناة ليس لأحدهما طين ملقي عليها ولا غرس.[4] وإلا فصاحب الشغل أولى. لأنّه صاحب يد. ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو على الخلاف. وأما إلقاء الطين فقيل أنه على الخلاف. وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش. وأما المرور فقيل يمنع صاحب النهر عنده. وقيل لا يمنع للضرورة. **فج**[5] أخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين عليه. ثمّ حريمه عند أبي يوسف مقدار نصف بطن النهر [٢٨٠/ب] من كلّ[6] جانب. وعن محمد مقدار بطن النهر من كلّ جانب. وإنه أرفق بالناس. وقيل مثل شطه من كلّ جانب. وقيل يقدر بقدر الحاجة. **شط**[7] وثمرة الخلاف أن صاحب الأرض عنده أحقّ بها غرساً وزراعة. وعندهما صاحب النهر.

١.١.٢٩ فصل في المياه

لرجل نهر أو بئر وقناة فليس له أن يمنع من الشفة. **ه**[8] والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثمّ أعلم أن المياه أنواع. منها ماء البحار. ولكل واحد حقّ الشفة وسقي الأراضي وكري الأنهار منها والانتفاع بماء

---

١ أ، ف : وقال أبو يوسف ومحمد

٢ ه : هداية

٣ شط : شرح الطحاوي

[illegible]

الفتاوى ابو جعفر

٦ أ : - كل

٧ شط : شرح الطحاوي

٨ ه : هداية

كالانتفاع بالشمس والقمر. ومنها ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات. والناس فيه حقّ الشفه وسقي الأراضي. ولهم كري النهر منها في أرض مباحة إذا لم يضرّ بالعامة للسقي ونصب الرحى أيضاً.[1] ومنها إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت لقوله ﷺ « **النّاسُ شركاءُ في ثلاثٍ في الماء والكَلَإِ والنار** »[2] ولأن المقاسم والأبار ما وضعت لإحراز الماء والملك لا يثبت بدونه كالصبي إذا تكسر في أرضه. وليس لهم سقي الأراضي إلا بإذن أهل النهر.

ومنها المحرز في الأواني. وإنه صار مملوكاً لهم على الخصوص. ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملكه له أن يمنع من[3] يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا وجد ماء آخر بقربه. وإلا يقال لصاحب النهر "إما أن تعطيه الشفة أو يتركه يأخذ بنفسه." وهذا قول الطحاوي. وقيل إذا كانت في أرض موات ليس له المنع. لأنّ الحفر لا يقطع الشركة في الشفة. ولو منعه وخاف على نفسه وظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح. لأنّه قصد إتلافه بمنع حقّه. وهو الشفة بخلاف المحرز في الأواني حيث يقاتله بغير سلاح بعصاً ونحوها. لأنّه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له. والشفة إذا كانت تأتي على كلّ الماء بأن كان جدولا صغيراً. وفيما يرد من الإبل والمواشي كثيرة[4] ينقطع الماء بشربها. قيل لا يمنع لندرته. وقيل يمنع كسقى المزارع والمشاجر.[5] ولهم أن يأخذوا منه للوضوء وغسل الثياب. ولو سقى شجراً أو خضراً له في داره بجرار له ذلك.[6] **جت**[7] له أن يمنع سقي بستانه بالقصاع والروايات. وفي غسل الثياب منه كلام. وليس له أن يسقي أرضه. ونخيله وشجره من نهر غيره وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً.[8] لأنّ الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب.

٢٩. ١. ٢ فصل في كري الأنهار

وإنها ثلاثة. نهر لا يملكه أحد كالفرات ونحوه فكريه على السلطان من بيت المال. لأنّ منفعته للمسلمين عامّة. فمؤنته عليهم. وذلك مما أعدت لنوائب كالخراج والجزية دون العشور والصدقات. فإنها للفقراء. فإن لم يكن في بيت المال شيء يجبر الإمام الناس على كريه إحياءً لمصلحة العامة. لأنهم [٢٨١/أ]

---

١ أ : أرضا

٢ أبو داود السنن "**إجارة**" ٦٠؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" ١٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٦٤/٥؛ ابن أبي شيبة

ذلك. البحر الرائق ٢٤٣/٨.

٧ جت : جمع التفاريق للبقالي

٨ ف : نصبا

لا يقيموها بأنفسهم. وفي مثله قال عمر رضي الله عنه « **لو تُركتم لَبِعتم أولادَكم** »[1] إلا أنه يخرج من له طاقة ومؤنته على المياسير[2] دون العجزة.[3]

والثاني نهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة. لكنّه عام فكريه على أهله دون بيت المال. لأنّ الحقّ لهم. والمنفعة يعود إليهم على الخصوص. ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعاً لضرر العامة من الشركاء. ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وغرق الأراضي وفساد الطريق يجبر الأوابي.[4] وإلا فلا.

والثالث نهر خاصّ من كلّ وجه فكريه على أهله. وفي جبر الآبي اختلاف. ولا جبر لحق الشفعة ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه. فمن جاوز أرضه رفع عنه عند أبي حنيفة. والأصحّ إذا جاوز فوهة نهره.[5] وقيل الأوّل أصحّ لحصول مقصوده. وقالا هي عليهم من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين. لأنّ لصاحب الأعلى حقّاً في الذنابة لتسييل ما فضل من مائه ولأن عمران ذنابته بفوهته. **شب**[6] وعلى هذا الخلاف إصلاح حافتي[7] النهر والطريق في سكة غير نافذة إذا احتيج إلى إصلاحه. **فج**[8] وقيل في الطريق إذا انتهى إلى بابه رفع مؤنته عنه بلا خلاف. وفي النوادر عن محمد إذا كان أنهر عظيماً لشرب منه قرئ. فمتى بلغ الحفر فوهة نهر قرية منها رفع عنهم الكري عندهم جميعاً الفاصل بين النهر العام والخاصّ أن أهل الشرب منه إن كانوا يحصون فخاص. ويثبت فيه الشفعة والإفعام ولا يثبت. وقيل ما يبقى منه عشرة أقرحة فعام. وقيل ما يجري فيه السفن.

٣. ١. ٢٩ فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

يصحّ دعوى الشرب بغير أرض استحساناً. لأنّه قد يملك وحده إرثاً أو يبيع الأرض بدونه فيبقى له. ولو ادّعى نهراً في أرض غيره. فإن كان يجري ماؤه فالقول له. لأنّ في يده. وإلا فعليه البيّنة أن النهر له أو كان مجراه في هذا النهر يسقى منه أرضه ليثبت له الملك أو المعنى[9] فيه. وعلى هذا المصبّ في نهر أو على

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**"

[2] بأنفسهم. الهداية

[3] معلوم. الهداية

[5] وأسفله. الهداية٤/١٠٥.

[6] شب : شرح بكر خواهر زاده

[7] ف : جانبي

[8] فج : الفتاوى ابو جعفر

[9] أ، ف، ق : الحق

سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره. ولو كان له[١] نهرين قوم واختصموا في الشرب كان بينهم على قدر أراضيهم. لأنّ المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدره بخلاف الطريق. لأنّ المقصود منه التطرق. وهو في الدار الواسعة والضيقة متحد. ولو كان الأعلى منهم لا يشرب إلا بالسكر لم تكن له ذلك[٢] إلا بالتراضي أو الصلح إلا إذا أمكنه استيفاء حصته بلوح. ولا يجوز بما ينكبس به النهر من غير تراض. لأنّه إضرار[٣] بالباقين غنيه لأهل إلا على السكر إذا لم ينتفع[٤] أهل السفل لقلته بالألواح والخشب لا بالتراب والحشيش. **سبج**[٥] لهم السكر إذا لم يمكن الشرب بدون السكر إذا كان النهر لا يجري إلى أرض كلّ واحد منهم إلا بالسكر يبدأ بأهل الأسفل ثمّ بالأعلى. ولو سقى أرضه من نهر غيره أو قناته لا ضمان عليه. لكن [٢٨١/ب] يرفعه إلى السلطان ليؤدبه بالضرب والحبس.

وإن رأى ذلك وليس لأحدهم أن يكري منه نهراً أو ينصب عليه رحى ما. لأنّ فيه كسر صفته[٦] وسوق الماء من غير سننه[٧] إلا إذا كان رحى لا يضرّ بالنهر ولا بالماء والدالية والسانية نظير الرحى. ولا يتّخذ عليه جسراً ولا قنطرة من غير تراض ويمنع أن يوسع فم النهر. لأنّه يكسر صفته. ويزيد على قدر حقّه في الماء. وكذا إذا كانت القسمة بالكوى[٨] فوسعه وأخرها ليزداد دخول الماء فيها. وله أن يسفل كواه ويرفعا في الأصحّ. لأنّ قسمته باعتبار سعة الكوة[٩] وضيقها لا بالتسفيل والترفع.[١٠] ولو كانت قسمتهم بالكوى فأراد أحدهم أن يقسمها بالأيّام ليس له ذلك. لأنّ القديم يترك على حاله. وليس لأحدهم أن يزيد كوّته وإن لم يصر بأهله.[١١] لأنّ الشركة خاصّة بخلاف الكوى في النهر الأعظم وليس له أن يشق شربه منه إلى أرض أخرى ليس لها في ذلك شرب أو من ذنابة جدوله. لأنّه إذا تقادم العهد يستدلّ به على أن له فيه حقّاً كفتح الباب في الزائغة المستديرة[١٢] غير[١٣] نافذة. وليس له أن يسد كواه لدفع فَيَضان الماء مرّة. ولو

---

١ أ، ف : - جمع له

٢ أ : + الأمر

٣ أ : - إصرار

٤ أ، ف : + به

٥ سبج : إسبيجابي

بالنهر. بدائع

.١

تراضيا بالقسمة مناصفة جاز لصاحبه ولوارثه من بعده أن ينقض. لأنّه إعادة الشرب فله الرجوع. فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة. والشرب يورث ويوصي بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك. أما العقود فللجهالة. وأما الوصية بها فلأن الوصية بالباطل باطل. ولا يصلح مسمّى في النكاح ولا في الخلع حتّى يجب مهر المثل ورد ما قبضت ولا بدل الصلح من الدعوى.

٤ .١ .٢٩ فصل في نبت الكلأ شق[٢]

نبت الكلأ في أرض مملوكة لم يملكه صاحبها. وكل من أخذه فهو له. لكنّه يكره له دخول الأرض بدون إذن مالكها. وكذا ماء البئر والعين. وقال الشافعي الكلأ في أرض مملوكة ملك لصاحبها له بيعه والأخذ ممن أخذه. وكذا الماء. ولو أتلفها متلف لزمه ضمانه. لأنّه نماء ملكه. ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام « **من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة** »[٣] وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام « **الناس شركاء في الثلاث الماء والكلأ والنار** »[٤] جش[٥] وقد اختلف[٦] أكثر العلماء في تفسير الكلأ. شح[٧] عن محمد الكلأ ما[٨] ليس له ساق وما قام على ساق كالحاج والعوسج[٩] فليس بكلأ.[١٠] في الغنية ما ينبسط على وجه الأرض ولا ساق له فهو كلاء. وما له ساق[١١] فهو شجر فالشوك الأخضر والشوك الأبيض شجر. والأخضر التي يأكلها الإبل فيه روايتان. والظاهر أنه لا اختلاف فيه. إنّما المراد به أنه بمنزلته في جواز الانتفاع به والتملك بأخذه. وفي التجريد القصب ليس بكلاء. [٢٨٢/أ] صبق[١٢] قصب الفانيذ[١] كلاء. يعني بمنزلته. جت[٢] الشوك والسوس والكلأ من أخذه ملكه. وعن أبي حفص

---

[١] ف : - غير

[٢] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[٣] البيهقي "**السنن الصغرى**" ٤٥٦/٥؛ البيهقي "**معرفة السنن والاثار**" ٢٨/٩.

[٤] أبو داود السنن "**إجارة**" ٦٠؛ ابن ماجه السنن "**رهون**" ١٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٦٤/٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٧/٥.

[٥] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[٦] أ، ف : - اختلف

[٧] شح : شمس الأئمة الحلواني

لسان العرب

صلاة البقالي

الشوك والسوس ببخارا لا يجوز أخذه. لأنّه عده والناس يحتاجون إليه. **شب**[3] عن أبي حنيفة القصب كالكلأ وإن كان له ساق. لأنّه لا يبقى سنة بل ينبس. وفي المغرب الكلأ اسم لما يرعاه الدوابّ رطباً كان أو يابساً. ويقع على ذي الساق وغيره. وهكذا ذكره أبو عبيد.[4] **شب**[5] حبس الكلأ في أرضه ملكه وإن قطع حقّ غيره. **شج**[6] دخل أرض إنسان بغير إذنه فاحتش فليس له حقّ الاسترداد منه سواء سقاه وقام عليه أو لم يقم في ظاهر الرواية.[7] والمختار[8] عندنا لأنّه إن سقاه وقام عليه للحشيش ملكه. وإلا فلا. **فج**[9] **ه**[10] إذا احتش بطلب صاحب الأرض لم يملكه. لأنّه معين له.[11]

---

[1] ف : الفارسي

[2] حت : جمع التفاريق للبقالي

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] [illegible] الزركلي الأعلام ٢٧٧/٤.

[5] شب : شرح بكر خواهر زاده

[6] شج : شرح الجلالي

[7] [illegible] منه. الفتاوى الهندية ٣٩٢/٥.

[8] أ : – والمختار

[9] فج : الفتاوى ابو جعفر

[10] ه : هداية

[11] أ : + والله أعلم





٣٠ كتاب المأذون

الأصل[1] في جواز الإذن ما روي « **أن النبي ﷺ كان يركَب الحمار ويُجيب دعوةَ المملوك** »[2] وإنما جاز له إجابة دعوة المأذون دون المحجور عليه. وكان للعباس رضي الله عنه عشرون عبداً كلّ واحد يتجر بعشرة آلاف.

والإذن في اللغة الإعلام. وفي الشرع فكّ الحجر عندنا. ثمّ العبد بعده يتصرف بأهليته بلسانه الناطق[3] وعقله المميّز وإنحجاره كان لحق المولى. لأنّ ديونه تتعلّق بقربته وكسبه. وإنهما مال المولى. فلا بدّ من إذنه كيلا يبطل حقّه بغير رضاه. ولهذا لا يرجع بديونه عليه. ولا يقبل التأقيت حتّى لو أذن لعبده يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً ما لم يحجر عليه. ثمّ الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة حتّى لو رأى عبده يبيع ويشتري فسكت صار مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي. ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو

النكاح. المبسوط ٢/٢٥.

٢ ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٦٦؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٩١/٢؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٤٤/٤.

٣ ق : الباطن

للأجنبي بإذنه أو بغير إذن بيعاً صحيحاً أو فاسداً دفعاً للضرر عن العامة. لأنّ من يراه يظنه مأذوناً له فيعاقده.

قال: **إذا أذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات يشتري ويبيع ويرهن ويسترهن.** هـ[1]

ومعنى العموم أن يقول له "أذنت لك في التجارة" ولم يقيدها. ووجهه أن التجارة اسم عام فيتناول الجنس كالبيع والشراء. وما هو من توابعها ولوازمها كالرهن والارتهان واستئجار الآجر والبيوت وزراعة الأراضي. قال ﷺ « **الزارع يُتاجِر ربَّه** »[2] وإن شارك شركة عنان ومضاربة ويأخذهما. لأنهما من عادة التجار ويوكل بالبيع والشراء. ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير جاز. وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافهما. وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون. ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين. وإن كان فمن جميع ما بقى. لأنّ الاقتصار في الحر لحق الورثة ولا وارث للعبد. [٢٨٢/ب] وإن كان دينه محيطاً بما في يده تخير المشتري بين أداء المحاباة وبين ردّ البيع. ولو آجر نفسه جاز خلافاً للشافعي كبيعه. ولنا نفس رأس ماله فيملك التصرّف فيه.

قال: **فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها.**

خلافاً لزفر والشافعي. وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرّف في نوع آخر لهما الإذن توكيل حتّى ينحجر بحجره فيتخصص بالمأذون فيه كالمضاربة. ولنا أنه إسقاط الحقّ وفك الحجر على ما بيناه فيظهر مالكية العبد. فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل. لأنّه يتصرف في مال غيره. فيثبت له الولاية من جهته. وحكم التصرّف واقع للعبد حتّى كان له أن تصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما فضل يخلفه المالك فيه. قب[3] إذا قال لعبده "أنت لك في التجارة في الخياطة أو غيرها أو اعمل في البقالين" أو نحوه أو قال "أدّ إليّ الغلة أو إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر أو أقعد قصاراً" أو قال "آجر هذا العبد" ولم يقل من فلان أو رآه يبيع ويشتري فأعرض عنه صار بذلك كله مأذوناً في جميع التجارات والإجارة والمزارعة والمعاملة ويواجر نفسه. ولو قال "آجر نفسك من فلان" فالقياس أن يصير مأذوناً. وفي الاستحسان لا. وكذلك لو قال "بع هذا الثوب من فلان واشتر الثوب من فلان." ولو دفع إليه حماراً يبيع عليه الماء أو ينقل

---

[1] ه : هداية
[2] الزيلعي **"نصب الراية"** ١٣٧/٢.
[3] قب : قاضي بديع

الطعام للناس بالأجر صار مأذوناً. ولو أمره بشراء ثوب للكسوة أو اللحم بدرهم أو بقل أو غيره من الطعام للأكل لم يصر مأذوناً. ولو أذن له يوماً واحداً أو شهراً كان[1] إذناً عاماً.

قال: **وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون.**

كما لو أمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام لأهله. لأنّه استخدام بخلاف ما إذا قال "أدّ إليّ الغلة كلّ شهر كذا أو أدّ إليّ ألفاً وأنت حر." لأنّه طلب منه المال. ولا يحصله إلا بالتكسب أو قال "أقعد صبّاغاً أو قصاراً." لأنّه أمر بشراء ما لا بدّ منه وهو نوع.

قال: **وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز.**

وكذا بالودائع. لأنّ الإقرار من توابع التجارة. ولأنه لو لم يصحّ إقراره[2] لامتناع الناس من المعاملة معه. وإن كان إقراره في مرضه تقدم دين الصحة كالحر بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة. لأنّه كالمحجور في حقه.

قال: **وليس له أن يتزوّج.**

لأنه ليس بتجارة.

قال: **ولا يزوج مماليكه.**

لما مرّ. وقال أبو يوسف يزوج الأمة. لأنّه كإجارتها. وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي.

قال: **ولا يكاتب.**

لأنه ليس بتجارة. لأنّ البدل فيها مقابل بفك الحجر إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه. [٢٨٢/أ][3] لأنّه ملك المولى ويصير العبد نائباً عنه. ويرجع الحقوق إلى المولى. لأنّ الوكيل في الكتابة سفير.

قال: **ولا يعتق على مال.**

لأنه لا يملك الكتابة. فالإعتاق أولى ولا يقرض. لأنّه تبرع.

قال: **ولا يهب بعوض ولا بغير عوض.**

---

[1] ف : صار

[2] أ، ف : - إقراره

[3] رقم ٢٨٢ مكرر في نسخة أ.

وكذا لا يتصدق. لأنّه تبرع.

قال: **إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه.**

لأنه من ضرورة التجارة استجلاء القلوب المجاهرين. وروي أن سلمان رضي الله عنه أهدى إلى النبي عليه السلام وهو مملوك فأكله وأصحابه بخلاف المحجور.[1] وقال أبو يوسف إذا أعطى المولى المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر. وسئل عمر رضي الله عنه عن العبد يتصدق فقال الرغيف ونحوه. وقال الشافعي ليس للمأذون أن يتّخذ وليمة ولا يهب الطعام. هـ[2] قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من مال زوجها بالشراء اليسير كالرغيف ونحوه. لأنّه غير ممنوع عادة. وله أن يحط من الثمن بالعيب. ولا يحط من غير عيب. لأنّه تبرع. وله المحاباة ابتداء أو التأجيل في الدين. لأنّه من عادة التجار.

قال: **وديونه متعلّقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى.**

وقال زفر والشافعي لا يباع. لأنّ الغرض من الإذن تحصيل ما لم يكن لا يفوت مال[3] قد كان. وذلك في تعلق الدين بكسبه لا برقبته. ولنا أن الواجب في ذمة العبد يظهر وجوبه في حقّ المولى فيتعلّق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك دفعاً للضرر عن الناس. ويتعلّق بكسبه بالإجماع. ويبدأ به نظراً للجانبين. والمراد بديونه ما وجب عليه بالتجارة وما في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها. وما يجب من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء.

قال: **ويقسم ثمنه بينهم بالحصص.**

لتعلق حقهم بالرقبة كتعلقها بالتركة.

قال: **فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية.**

---

[1] "السنن الكبرى" ٣٢٧/٥.

[2] ه : هداية

[3] أ : - مال

لتقرر الديون في ذمّته وعدم وفاء كسبه ورقبته به. ويتعلّق دينه بكسبه[1] سواء حصل قبل الدين أو بعده. ولا يتعلّق بما أخذ المولى قبل الدين لخلوصه. وللمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين. لأنّه لو لم يتمكن يحجر عليه فيفوت الكسب. ويرد الزيادة على غلة المثل على الغرماء لعدم الضرورة فيها. شق[2] ولا يجوز للمولى بيعه إلا بإذن الغرماء أو القاضي أو بقضاء الدين نظراً إلى حق[3] الغرماء. لأنّ لهم ولاية استسعائه في أضعاف ثمنه. لكنّه مؤخر. وولاية بيعه استعجالاً لثمنه. وبيعه يسقط [٢٨٢/ب] خيرهم. ولو أذن بعض الغرماء لم يجز لحق الباقين. ولو باعه القاضي للحضور[4] جاز لعموم ولايته. ويعزل حقّ الغيب. ويجوز إقراره لغائب قبل البيع. ولا يجوز بعده. لأنّ بيعه حجر عليه. فلو أقام بيّنة يعني الغائب اتبع الغرماء بحصته كما في التركة. ولو كان في يد العبد المديون مال فقال مولاه "هو مالي" فالقول قول العبد. لأنّ يد العبد المديون يد الغرماء. ولو كان في يد المولى والعبد فهو بينهما نصفان. ولو كان معهما أجنبي فأثلاثاً. ولو لم يكن مديوناً والمال في أيديهم فلأجنبي نصفه. لأنّ يد العبد يد المولى.

قال: **وإن حجر عليه لم يصر محجوراً عليه حتّى يظهر الحجر بين أهل سوقه.**

دفعاً للضرر عنهم. ويشترط أن يعلمه أكثر أهل سوقه. ولو علمه رجل أو رجلان فحسب. ثمّ بايعوه جاز. ولا ينحجر ما لم يعلم بحجر المولى كالوكيل إذا عزل. ه[5] وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً حتّى لو لم يعلمه إلا العبد ثمّ حجره يعلمه الحجر.

قال: **ولو مات المولى أو جنّ أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً.**

لانعدام أهلية الإذن بالموت والجنون كالوكالة.

قال: **وإذا أبق العبد المأذون صار محجوراً.**

خلافاً للشافعي. لأنّ الإباق لا ينافي ابتداء الإذن. فكذا بقاه كالغصب. ولنا الإباق حجر دلالة. لأنّه أنّما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من قضاء دينه بكسبه بخلاف ابتداء الإذن لوجود التصريح به وبخلاف الغصب. لأنّ الانتزاع من يد الغاصب متيسر.

قال: **وإذا حجر عليه المولى فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة. وقالا لا يصحّ إقراره.**

---

[1] أ، ق : + وهبته
[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[3] أ، ف، ق : - إلى حق
[4] أ : - للحضور
[5] ه : هداية

لأن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر. وإن كان هو اليد فالحجر أبطلها وصار كما لو أخذ المولى الكسب قبل إقراره. وله المصحح هو اليد. ولهذا لا يصحّ إقراره المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة. وإنما يحكم ببطلانها لفراغها عن حاجته. وإقراره دليل تحقق الحاجة بخلاف ما أخذه المولى. لأنّ يده قائمة فيها حقيقة وحكماً فلا يبطل بإقراره وبخلاف رقبته. لأنّ ملكه ثابت فيها فلا يبطل من غير رضاه. قلت ومعنى الإقرار بما في يده أن يقر أنه أمانة لغيره أو غصب عنه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده.

قال: **وإذا لزمته ديون يحيط[1] بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده. ولو أعتق عبيده لم يعتقوا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يملك ما في يده ويعتقون وعليه قيمتهم.**

لأنه وجد سبب الملك في كسبه. وهو ملك رقبته. ولهذا يملك إعتاقه ووطئ المأذونة بخلاف الوارث. لأنّه ثبت الملك له نظرا للمورث. والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته. وله أن ملك المولى إنّما يثبت في كسبه خلافه عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث. وإن لم يكن محيطاً بماله جاز عتقه إجماعاً.

قال: [٢٨٣/أ] **وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز.**

لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين. وأصله أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً. لأنّه لو اقتضى لاقتضى مال نفسه. ولا يستوجب العبد على مولاه. لأنّه لو قضاه لا يخرج عن ملكه فلا يتصوّر فيه معناه إلا إذا كان عليه دين فيصير كالأجنبي عنه.

قال: **وإن باعه بنقصان لم يجز.**

لأنه متهم في حقّه بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة. لأنّه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لتعلق حقّه بقية الورثة بعينه. ولهذا كان لهم استخلاصه بالقيمة. وحق الغرماء ما تعلق بالمالية لا غير فافترقا. وإن باعه بنقصان يجوز البيع. ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة. وإن شاء نقض. هـ[2] واليسير من المحابات والفاحش سواء في المذهبين دفعاً للضرر عن الغرماء. ويجوز في اليسير من الأجنبي. ولا يؤمر بردها لفارق التهمة.

قال: **وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقلّ جاز البيع.**

لما مرّ أن المولى أجنبي عن كسبه في فضل الدين ولا تهمة فيه فجاز.

---

[1] ق : + عليه

[2] ه : هداية

قال: **فإن سلّمه إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن.**

لأن حقّ المولى في العين للجنس وقد سقط. وهو لا يوجب على عبده ديناً.

قال: **وإن أمسكه في يده حتّى يستوفي الثمن جاز.**

لأن للبائع حقّ حبس المبيع. ولهذا اختص به من الغرماء. ه[1] ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع كما بيّنّا.

قال: **وإذا أعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز.**

لبقاء ملكه كالمرهون.

قال: **والمولى ضامن لقيمته للغرماء.**

لأنه أتلف متعلّق حقهم مالية.

قال: **وما بقي من الديون يطالب به المعتق.**

لبقاء الدين في ذمّته. ولا يلزم المولى إلا بقدر ما أتلف فبقى الباقي عليه. ولو باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه. فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته. وإن شاءوا ضمنوا المشتري. لأنّ البائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب. وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن كالمرهون. ه[2] ولو ضمنوا المولى قيمته ثمّ ردّ عليه بعيب يرجع بقيمته على الغرماء. ويكون حقهم في العبد كالغاصب. ولو باعه ثمّ غاب فلا خصومة بين المشتري والغرماء إذا أنكر الدين خلاف أبي يوسف. وعلى هذا الشفيع إذا غاب البائع ومن قدم مصراً فقال "أنا عبد فلان" فباع واشترى فهو لازم أخبر بالإذن أو لا. ولا يباع في الديون حتّى يحضر مولاه. والقول له في الإذن وعدمه.

قال: **وإذا ولدت المأذونة من مولاه فذلك** [٢٨٣/ب] **حجر عليها.**

لأنه تعذر استيفاء الدين عن رقبتها فبطل[3] الإذن كما لو أعتقها.

قال: **وإذا أذن ولي الصبي في التجارة فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون إذ كان يعقل البيع حتّى ينفذ تصرفاته.**

---

[1] ه : هداية

[2] ه : هداية

[3] أ : + قبل

وقال الشافعي لا ينفذ. لأنّ حجره لصباه فيبقى ببقائه كالطلاق والعتاق ولأنه مولى عليه فلا يكون والياً للمنافاة. ولنا أنه تصرف مشروع صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف في الخلاف. والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته. وقد ثبت الهداية نظراً إلى إذن المولى ولأن نفاذه أنظر للصبي لحصول مصلحته بطريقين بخلاف الطلاق والعتاق. لأنّه ضرر محض فلم يؤهل له والهبة والصدقة نفع محض فأهل له قبل الإذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيؤهل بالإذن. قيل[1] يتوقف على إجازة المولى لاحتمال نفعه والولي الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي دون صاحب الشرط. لأنّه لا يقلد القضاء وشرط صحته أن يعقل أن البيع سالب للملك جالب للربح. قلت ويشبهه بالعبد[2] أن ما يثبت في العبد[3] من أحكام الإذن ثبت في حقّه. فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع. ويصير مأذوناً بالسكوت. ويصحّ إقراره بما في يده من إكسابه. وكذا الموروثة في ظاهر الرواية. ولا يملك تزويج عبده ولا[4] كتابته كما في العبد. هـ[5] والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء كالصبي فيما بيّنّا.[6]

---

[1] أ، ف، ق : وقبله
[2] أ، ق : + يفيد
[3] ف : – يثبت في العبد
[4] أ : – لا
[5] ه : هداية
[6] ف : + والله أعلم





٣١ كتاب المزارعة

المزارعة لغة مفاعلة من الزرع. وفي الشرع عقد على الزراعة ببعض الخارج. ويسمّى المزارعة مخابرة. لأنّ الزارع خبير. وقيل لعقد النبي ﷺ على أهل خيبر.

قال: **قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة. وقال أبو يوسف ومحمد جائزة.**

ل« **أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمر أو زرع** »[١] وللتعارف ولأنه عقد شركة بين المال والعمل المؤثر فيه فجاز اعتباراً بالمضاربة للحاجة الغالبة بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الرواية. لأنّه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها. وله ما روي رافع بن خديج رضي الله عنه أنه ﷺ « **نهى عن المخابرة** »[٢] وروي المحاقلة والمزابنة والمحاقلة المزارعة ولأنه عقد على المنفعة ببدل معدوم ومجهول. وكلاهما مفسد. ومعاملة أهل خيبر كان خراج مقاسمة بالصلح ثمّ لما فسدت عنده. فإن سقى الأرض وكربها فلم يخرج شيء فله أجر مثله إذا كان البذر من قبل ربّ الأرض. وإن كان من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج كله لصاحب البذر في الوجهين. والفتوى على قولهما للحاجة والتعامل والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع. وقال الشافعي يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة على الأرض التي بين النخل [٢٨٤/أ] لحديث أهل خيبر. ولنا ما مرّ.

---

١ الترمذي السنن **"أحكام" ٤٢**؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٧٩/٤.

٢ مسلم الصحيح **"بيوع" ١٦**؛ النسائي السنن الكبرى **"مزارعة" ٢**؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٢٨/٦.

قال: **وهي عندهما على أربعة أوجه. إذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لأخر جازت المزارعة.**

لأن البقر آلة العمل فلم يقابلها شيء كإبرة الخيّاط فصارت الأرض مستأجرة للعامل ليعمل ببقره فجاز.

قال: **وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جاز.**

لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج فجاز كخراج المقاسمة. ه[1] ولصحة المزارعة عندهما شروط ثمانية.[2] أحدها كون الأرض صالحة للزراعة. وثانيها أهلية المتعاقدين. وثالثها بيان المدة. ورابعها بيان من عليه البذر. وخامسها بيان نصيب العامل. وسادسها التخلية بين الأرض والعامل. ولو شرط العمل على ربّ الأرض فسدت. وسابعها الشركة في الخارج بعد حصوله. وثامنها بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً.

قال: **وإن كانت الأرض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر جاز.**

لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر كمن استأجر طياناً ليطين بمرّه.

قال: **وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لواحد فهي باطلة.**

---

[1] ه : هداية

[2] شروط المزارعة وهي ثمانية وقد جمعت بقول ابن خصم شج الألف إشارة إلى أهلية العاقدين وهي مذكورة في المادة ١٤٣٣

أولهما البيان صراحة الثاني البيان دلالة وذلك لو قال رب الأرض للمزارع قد آجرتك الأرض واستأجرتك

١٤٣٥ وسيفصل في شرح تلك المادة الخاء إشارة لتخلية الأرض وهو مذكور الصاد

ة ١٤٣٥

للتزاع. درر الحكام ٤٧٤/٩.

في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يجوز اعتباراً بالفصل الأول. ولنا أن منفعة البقر ليس من جنس منفعة الأرض. لأنّ منفعة الأرض قوّة في طبعها محصلة للنماء ومنفعة البقر صلاحية إقامة العمل بها فلم يتجانسا فلم يجعل تبعاً بخلاف جانب العمل التجانس المنفعتين فجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العمل. ه[1] وهنا وجهان أخران لم يذكرهما. أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر لا يجوز. لأنّه يتمّ شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع. والثاني أن يجمع بين البذر والبقر. وإنه لا يجوز أيضاً. لأنّه لا يجوز عند الانفراد. فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر. وفي رواية لصاحب الأرض. ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً باتصاله بزرعه.

قال: **ولا يصحّ المزارعة إلا على مدّة معلومة.**

كالإجارة وأن يكون الخارج بينهما شائعاً تحقيقاً لمعنى الشركة. **جش**[2] **شح**[3] ولا تصحّ المزارعة إلا على مدّة معلومة عند المتقدمين. وقال محمد بن سلمة هذا على حسب عادتهم بالكوفة. لأنّ وقت مزارعتهم لا يكون معلوماً لزراعتهم في كلّ وقت تقديماً وتأخيراً. فأما في ديارنا لا يمكن إلا في مدّة معلومة. فإذا لم يبيناها فلقائل أن يقول يجوز بتصرف إلى تلك المدّة. **صغر**[4] عن محمد بن سلمة إذا لم يبيّن المدّة تصحّ لسنة واحدة. وبه أبو الليث. والمراد من سنة واحدة زرع واحد. وعليه الفتوى. وفي الحاوي زرع المزارع في السنة الثانية بغير أمر ربّ الأرض فنبت أو لم ينبت فسمع فلم يجز. قال محمد بن سلمة إن كانت العادة بين أهل هذه القرية [٢٨٤/ب] أنهم يزرعون مرة بعد أخرى من غير تجديد عقد جاز.

قال: **فإن شرطا لأحدهما قفزاناً مسمّاة فهي باطلة.**

لأن به تنقطع الشركة. لأنّه عسى أن لا تخرج الأرض إلا هذا القدر.

قال: **وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات[5] والسواقي.**

وكذا إذا شرطا أن يخرج صاحب البذر بذره والباقي نصفان ونحوه لما مرّ. وعلى هذا إذا شرط لأحدهما التبن والحب نصفان أو على العكس. وإن شرطا الحب نصفان ولم يتعرضا للتبن صحت والتبن

---

[1] ه : هداية
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] شح : شمس الأئمة الحلواني
[4] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[5] هي جمع ماذيان وهو النهر الكبير قال وليست بعربية وهي سوادية. لسان العرب ٤٠٣/١٣.

لصاحب البذر لأنه نماء بذره وقال مشايخ بلخ التبن بينهما اعتبارا[1] للعرف. ولأنه تبع الحب. ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت. لأنّه حكم العقد. وإن شرط التبن للآخر فسدت. لأنّه يخالفه.

قال: **وإذا صحت المزارعة فالخارج بينهما[2] على الشرط.**

لصحة الالتزام.

قال: **فإن لم يخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل.**

لأنه يستحقّه شركة. ولا شركة في غير الخارج بخلاف ما إذا فسدت. لأنّ أجر المثل في الذمة. وهي لا تفوت لعدم الخارج.

قال: **وإذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر.**

لأنه نماء ملكه واستحقاق شريكه بالتسمية. وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر.

قال: **ولو كان البذر من قبل ربّ الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج.**

لأنه رضي بسقوط الزيادة.

قال: **وقال محمد عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ.**

لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فعليه قيمتها. لأنها ليست بمثلية.

قال: **وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثلها.**

لما مرّ. وهل يزاد عليه؟ فعلى الاختلاف الذي مرّ. ولو جمع بين الأرض والبقر حتّى فسدت فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح. لأنّ له مدخلاً في الإجارة. وهي إجارة معنى. ه[3] ومتى استحقّ ربّ الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له الكلّ. لأنّ النماء حصل في أرض مملوكة له بخلاف العامل فيها. فإنه يتصدق بالفضل على بذره وقدر أجر الأرض. لأنّ فساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه فما سلم له بعوض طاب له. وما لا فلا.

قال: **وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه.**

---

[1] أ : - لصاحب البذر لأنه نماء بذره وقال مشايخ بلخ التبن بينهما اعتبارا

[2] أ، ف، ق : - بينهما

[3] ه : هداية

لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كمن استأجر أجيراً لهدم داره.

قال: **وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل.**

لأنه لا يلحقه ضررا بالوفاء بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذراً يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة. ولو امتنع ربّ الأرض والبذر من قبله. وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له. وقيل يلزمه استرضاء العامل ديانة. لأنّه غره فيه.

قال: **وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة.**

كالإجارة. ولو مات ربّ الأرض والزرع لم يدرك ترك في يد المزارع حتّى يستحصد. ويقسم على الشرط. ولو مات [٢٨٥/أ] قبل البذر بعد كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت. ولا شيء للعامل بما عمل. وكذا لو فسخت المزارعة بدين فادح[1] لحق ربّ الأرض جاز وبيعت لا شيء له بالكراب والحفر. لأنّ المنافع أنّما تتقوم بالعقد. وقد قومت بالخارج. فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء. ولو نبت ولم يستحصد لا تباع الأرض في الدين حتّى يستحصد. لأنّ في بيعها إبطال مال المزارع والتأخير أهون من الإبطال. ويخرجه القاضي من الجنس في الدين لضرورته.

قال: **وإذا انقضت مدّة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد. والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما.**

لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه.[2] قلت أراد بقوله والنفقة على الزرع عليهما بعد انقضاء المدّة قبل أن يستحصد إليه أشار في **شق**[3] **ه**[4] لأنّ العقد لما انتهى بانتهاء المدّة فكان عملاً في المال المشترك فكان عليهما بخلاف ما إذا مات ربّ الأرض والزرع نقل حيث يكون العمل على العامل. لأنا بقينا العقد ثمة في مدته. والعقد يستدعي العمل على العامل. أما ههنا انتهت المدّة فلم يبق العقد فلم يختصّ العامل بالعمل. ولو أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه والقاضي فهو متبرع. ولو أراد ربّ الأرض أن يأخذه بقلاً لم يكن له ذلك.[5] ولو أراده المزارع قيل لربّ الأرض "اقلع الزرع فيكون بينكما" أو "أعطه قيمة نصيبه أو أنفق على الزرع وارجع بالنفقة في حصته" نظراً للجانبين. ولو مات المزارع بعد نباته فقالت

المشترك. الهداية ٥٧/٤.

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

.١

ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى ربّ الأرض فلهم ذلك. لأنّه لا ضرر على ربّ الأرض ولا أجر بما عملوا. لأنا بقينا العقد نظراً لهم. فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما مرّ. والمالك على الخيارات الثلاثة على ما بيّنّا.

قال: **وأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص.**

وهذا الحكم لم يختصّ بانتهاء مدّة المزارعة بل عمّ جميع المزارعة. لأنّ العقد تناهي بتناهي الزرع فبقى مال مشترك بينهما فيجب مؤنته عليهما.

قال: **فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت.**

لأنه شرط لا يقتضيه العقد. وفيه منفعة لأحدهما فيفسد كشرط الحمل والطحن على العامل. **شق**[1] عن أبي يوسف يجوز إذا شرط ذلك على العامل. قال هو اختيار أصحابنا بخراسان.[2] لأنّ الناس لما استحسنوا شرطها عليه صحّ كالاستصناع. **جش**[3] وفي التتمة ولو شرط الحصاد على المزارع فتغافل عنه حتّى هلك الزرع. قال أبو بكر البلخي يضمن. وقال أبو الليث إنّما يضمن إذا أخر الحصاد [٢٨٥/ب] تأخيراً غير معتاد. ولو ترك السقى حتّى يبس الزرع يضمن قيمة الزرع نابتاً يوم صيرورة الزرع بحال يضره ترك السقي. ولو لم يكن له قيمته يومئذ تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيرجع بحصته من الفصل. **شق**[4] ولو شرط أحد المزارعين البذر لنفسه فسدت. وكذا إذا شرطا العمل عليهما فسدت كالمضاربة. ولو دفع بذره إلى رجل ليزرعه في أرضه بالنصف فسدت. لأنّه يشبه الشركة بالعروض. وعن أبي يوسف أنه يجوز. لأنّ استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج يجوز. ولو دفع أرضه مزارعة بالنصف سنة ثمّ قال له أكربها. فإن لم يخرج زرعاً إلا بالكراب أو لا يخرج ما يخرجه الناس إلا به لزمه الكراب. وإلا فلا. وكذا السقى أو تأخيره على هذا. ولو شرط التثنية والتسمية فسدت إن بقى منفعته إلى السنة الثانية. وإلا فهو كالكراب والسقى. وفي فتاوى محمد بن الفضل في قوله تعالى **﴿ يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً ﴾**[5] قال الحلال معلوم. وأما الطيب فمن أخذ أرضاً مزارعة أو معاملة أو زرع أرضه محافظاً على الصلوات في

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] [illegible] ديارنا. الهداية ٤/٥٨.

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[5] البقرة ٢/١٦٨

مواقيتها بجماعة. لكنّه أخر صلاة واحدة عن وقتها لاشتغاله بالزراعة لا يكون زرعه طيباً حلالا.[1] وكذا لو زرعها وغرس بغير[2] طهارة أو منع الأجرة عن الأجير أو أخر حتّى جف عرقه. وكذا إذ أخر أداء الثمن بعد حلول الأجل أو أداه متفرقاً بدون رضى البائع. قال ويستحب أن يبذر على الطهارة ثمّ يقوم في ناحية ويصلي ركعتين ثمّ يقول "اللهم أنا عبد ضعيف وسلمت هذا إليك فتسلمه لي وبارك لي فيها" ثمّ يصلي على النبي ﷺ فإنه تعالى يحفظ هذا الزرع عن آفاته ويبارك فيها. وإذا أدرك الزرع يجب أن يكون الكيال على طهارة مستقبل القبلة. وإلا لا يكون فيه بركة. فإذا فرغ من كيله يصلي ركعتين ثمّ يقول "يا ربّ ألقيت بذراً وأعطيتني شيئاً كثيراً فاجعلها قوّة طاعة ولا تجعلها قوّة معصية واجعلني من الشاكرين." وكذا في غرس الأشجار. والله أعلم.[3]

---

[1] أ، ف، ق : - حلالا

[2] أ : - بغير

[3] أ، ف، ق : - والله أعلم





٣٢ كتاب المساقاة

قال:[1] **قال أبو حنيفة المساقاة[2] بجزء من الثمن باطلة. وقال أبو يوسف ومحمد جائزة[3] إذا ذكر مدّة معلومة وسمي جزأ من الثمر مشاعاً.**

لما مرّ في المزارعة. وروي « **أنه ﷺ نهى عن المخابرة** »[4] وقيل هي المساقاة.

قال: **ويجوز المساقاة[5] في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان.**

وبه الشافعي في القديم وفي الجديد يخصه بالنخل والكرم ل« **أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف الثمرة** »[1] وهي بلاد كثيرة. فالظاهر أنها تعم هذه الأنواع والضرورة والتعامل والمعنى المجوّز أيضاً يشمل الكلّ. شق[2] ولو لم يذكر فيها مدّة معلومة كان على أوّل ثمرة تخرج في أوّل السنة استحساناً.

المعاملة وهي لغةً مفاعلة من السقي، وشرعاً دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره. وهي كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا. اللباب

أنيس الفقهاء ١٠٢/١.

٤ مسلم الصحيح **"بيوع" ١٦**؛ النسائي السنن الكبرى **"مزارعة" ٢**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ١٢٨/٦.**

٥ وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل ولنا ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على ما يخرج من ثمر. وهذا مطلق فلا يجوز قصره على بعض الأشجار دون بعض لأنه تقييد فلا يجوز بالرأي وفي فتاوى أبي الليث دفع كرما معاملة وفيه أشجار لا تحتاج إلى عمل سوى الحفظ. البحر الرائق ١٨٧/٨.

قال: **فإن دفع [٢٨٦/أ] نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز. وإن كانت قد انتهت لم يجز.** شق[٣]

مثل أن يصفر أو يحمر و لم يرطب. لأنّ التعامل والضرورة وتأثير العمل فيها قبل التناهي أما بعده فلا.

قال: **وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لا يزيد على المسمّى .**

خلاف محمد. وكذا في المزارعة والمضاربة لما مرّ. ومتى فسدت المزارعة أو المساقاة أو المضاربة و لم تخرج الأرض أو الشجر أو التجارة شيئاً فلا شيء للعامل عند أبي يوسف كما في المضاربة الصحيحة. وقالا يجب أجر المثل. لأنّه أنّما عمل بعوض و لم يسلم له فيجب أجر المثل.

قال: **وتبطل المساقاة بالموت ويفسخ بالأعذار كما يفسخ الإجارة.**

لبنائها عليها. شق[٤] ولو دفع النخل والشجر إلى شريكه مساقاة لم يجز. ولا أجر له إن عمل. والخارج بقدر ملكهما. لأنّ استئجار شريكه على العمل في الشركة بينهما لا يصحّ. ولا يجب الأجر. لأنّ العمل وقع لنفسه. والله أعلم.[٥] تمّ الكتاب بعون الله.[٦]

---

١ الترمذي السنن "**أحكام**" ٤٢؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٧٩/٤.

٢ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٣ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٤ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٥ ف : - والله أعلم

٦ في نسخة الأصل زيد "فرغ من نسخة العبد الفقير إلى الله تعالى محمود بن محمد مظفر الحنفي. وذلك في نهار الجمع رابع شهر ذي القعدة أول الأشهر الحرم سنة ٧١٣ غفر الله لكاتبه ولصاحبه ولمن نظر فيه ولجميع المسلمين وصلى الله على سيدنا محمد وأله وصحبه ونسلم تسليما والحمد لله رب العالمين وحسبنا الله ونعم الوكيل. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. أموت ويبقى كلُّ ما قد كتبتُه فيا ليت من يقرأ كتابي دعا ليا لعل إلهي أن يمن بلطفه ويرحم تقصيري وسوء فعاليا"